

Endringer i Høyesteretts prøvingsintensitet av forvaltningens subsumsjon - tendenser i et historisk perspektiv

Kandidatnummer: 651

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 16703



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Kilder.....	2
1.4	Begrepsavklaringer.....	3
2	DOMSTOLSKONTROLL MED RETTSANVENDELSEN	3
2.1	Hva innebærer domstolskontroll	3
2.2	Historisk bakgrunn	5
2.3	Grunnlaget for kompetansen	6
2.4	Utgangspunktet for kontrollen – diskusjoner i teorien.....	7
3	RETTSPRAKSIS	9
3.1	Oversikt	9
3.2	Høyesteretts subsumsjonskontroll før 1940	10
3.3	Høyesteretts subsumsjonskontroll fra 1960-tallet	16
3.4	Høyesteretts subsumsjonskontroll fra 1995	21
3.5	Sammenfatning.....	45
	LITTERATURLISTE.....	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Forvaltningen fattet hver dag beslutninger og som innvirker på en eller flere bestemte og/eller ubestemte personer og virksomheter. Det er gjennom rettspraksis blitt sikker rett at domstolen kan kontrollere om en forvaltningssak har nødvendig lovhjemmel og ikke strider mot gjeldende lov og forskrift. Dette er særlig gjort klart etter innføringen av den nye bestemmelsen i § 89 i Grunnloven. Grunnloven selv gir dermed tydelig uttrykk for Høyesteretts makt over Stortingets lovgivning.¹

Men det er like klart at domstolene vil ha en begrensning i kontrollen når forvaltningen er gitt diskresjonær kompetanse til å treffe avgjørelser etter eget skjønn. Spørsmålet blir med andre ord hvor omfattende domstolsprøvingen kan være. Høyesteretts prøvingsintensitet har ikke alltid vært like omfattende og hvordan prøvingsviljen/intensiteten har utviklet seg gjennom årene gjør det til et spennende tema å se nærmere på, nemlig hvor går utviklingen av prøvingsintensiteten; svekkes den eller har den økt?

Min interesse for temaet i denne avhandlingen ble vekket sommeren 2014 hvor en tidligere statsråd i en avisartikkel kritiserte en avgjørelse tatt av Gulating lagmannsrett.² Årsaken var at Olje og energidepartementet traff et vedtak i en klagesak som ble kjent ugyldig av domstolen.³ Statsråden hevdet at det var utøvet et skjønn som han mente domstolene ikke kunne prøve. Synspunktet var at departementets vedtak var truffet på bakgrunn av et hensiktsmessighetsskjønn som domstolen måtte avstå fra å overprøve. Domstolens begrunnelse for å kjenne klagevedtaket ugyldig var imidlertid at faktum i saken var for lite opplyst og dette var hovedpremisen for overprøvelse, ikke hensiktsmessigheten. Men likevel er dette synspunktet fra statsråden interessant fordi forvaltningens frie skjønn og domstolens kontroll av forvaltningsavgjørelser kommer så tydelig fram. Dette samtidig som temaet er et av de mer omhandlede problemstillinger i norsk juridisk forvaltningslitteratur, nemlig prøvingen av skjønnsmessige forvaltningsvedtak.⁴ Dette tilsammen bidro til at det vekket min interesse.

¹ Kongeriket Norges Grunnlov.

² Granviken (2014)

³ LG 2013 184173 (Gulating)

⁴ Halvorsen (2011) s. 56

Det har også vært hevdet at Høyesterett har gått mot en stadig strengere prøving av forvaltningens skjønn med å prøve alle sider av vedtaket, unntatt da selve hensiktsmessigheten. Det har vært hevdet at Høyesteretts prøvingsvilje har nærmet seg en prøving mer lik en alminnelig forvaltningsdomstol som bl. annet Sverige kan vise til, der hvor det ikke har vært tvilsomt at domstolene har kunnet prøve alle sider av vedtaket.⁵ Tema for oppgaven er å forsøke å påvise om det har skjedd endringer i intensiteten i Høyesteretts prøving av forvaltningsvedtak fra første halvdel av forrige århundre og fram til i dag.

1.2 Avgrensning

Jeg vil ikke gå inn på hvilke grenser forvaltningen som gjelder for forvaltningens utøvelse av myndighet, og jeg går heller ikke inn på de prosessuelle spørsmål som oppstår når en sak bringes inn for retten. Hvordan domstolen kan kontrollere/prøve forvaltningsvedtak gjennom å anvende de alminnelige regler for utenforliggende hensyn, riktig fakta og læren om myndighetsmisbruk (misbrukslæren) faller utenfor oppgavens tema.

Jeg kommer heller ikke til å behandle andre organers kontroll med forvaltningen så som Stortingets kontroll med Regjeringen, Riksrevisjonens kontroll og Sivilombudsmannen kontrollfunksjon. Forvaltningens internkontroll faller også utenfor oppgavens tema. Jeg vil heller ikke ta for meg dommer hvor Høyesterett gir dom for sakens realitet, såkalte subsumsjonsdommer.

1.3 Kilder

Den sentrale kilden for å kunne belyse ”Endringer i Høyesteretts prøvingsintensitet” er Høyesteretts egne avgjørelser. Jeg vil derfor ta for meg rettsavgjørelser noen tiår tilbake i tid og fram til nå. Det foreligger også rikelig med juridisk litteratur om emnet, særlig fra midten av 1990-tallet og fremover som kan belyse Høyesteretts prøvingsintensitet. En annen sentral kilde for å belyse utviklingen av Høyesteretts prøvingsintensitet er Forvaltningskomiteens instilling fra 1958 til ny forvaltningslov.⁶

⁵ Boe (2007) JV s. 46

⁶ Forvaltningskomiteens instilling (1958)

1.4 Begrepsavklaringer

I teorien er det noen meningsforskjeller i både hvordan man både benevner de ulike formene for skjønn og hva man mener de inneholder. Eckhoff/Smith benytter termene ”forvaltningsskjønn” og ”diskresjonært skjønn” om de avgjørelser hvor minst to forskjellige avgjørelser kan være like lovlige.⁷ Med andre ord hensiktsmessigheten. Boe benytter termer som ”rettsanvendelsesskjønn” og ”rettsanvendelsesskjønn med begrenset domstolskontroll” om det samme fenomenet.⁸ I oppgaven vil jeg i hovedsak benytte begrepet ”diskresjonært skjønn” i de tilfeller beslutningen anses som overlatt til forvaltningen og som dermed ofte er unntatt domstolskontroll. Noen ganger hvor det passer vil jeg benytte ”fritt skjønn” som term om det samme. Begrepet fritt skjønn er dog noe misvisende da forvaltningen aldri står helt fritt med hensyn til sin skjønnsutøvelse. Blant annet vil begrensinger i form av å ikke ta utenforliggende hensyn i de fleste tilfeller sette grenser for skjønnnet. Tilfeller hvor det vil være tillatt å ta utenforliggende hensyn kan være ved kjønnskvolter til for eksempel bestemte stillinger.

2 Domstolskontroll med rettsanvendelsen

2.1 Hva innebærer domstolskontroll

Det er i dag ikke tvilsomt at en forvaltningsavgjørelse eller vedtak kan bringes inn for de alminnelige domstoler. Den tidligere særbestemmelsen i den nå opphevede tvistemålsloven fra 1915, hadde i § 435 en ordlyd som tilsa at domstolen kunne prøve ”lovmessigheten” og om det vedtaket inneholdt ”rettstridige” forhold.⁹ I den nye tvisteloven er denne bestemmelsen tatt ut. Istedenfor er det innført en generell bestemmelse i lovens § 1-3 om at søksmål kan reises for domstolene for ”rettskrav”.¹⁰

I dette ligger imidlertid ingen realitetsendring da det ifølge utredningen fra Tvistemålsutvalget heter; ”[R]ettslig prøving av forvaltningsvedtak vil forsvarlig og hensiktsmessig kunne skje innenfor rammen av de ordinære behandlingsregler.”¹¹ Dermed må man slutte at

⁷ Eckhoff / Smith (2010) s. 382

⁸ Boe (1993) s. 691

⁹ Tvistemålsloven

¹⁰ Tvisteloven § 1-3

¹¹ NOU 2001:32 s. 502

rettstilstanden er den samme før endringen av loven, det vil si at kravet fortsatt må dreie seg om ”rettsforhold” som i den gamle betydning av ordvalget, altså et krav om en rett/krav som må kunne avgjøres ut fra rettsregler.

Domstolenes hovedoppgave er som kjent å ta stilling til rettslige spørsmål. Dette er også et utslag av den arbeidsfordeling som eksisterer mellom forvaltningen på den ene siden og den dømmende makt på den andre. Domstolene var ikke, og er heller ikke nå, tiltenkt rollen som forvaltningsorgan. Den har gjennom langvarig praksis blitt tillagt rollen som kontrollinstans for forvaltningsavgjørelser. De skjønnsmessige avgjørelser, eller hensiktsmessigheten om man vil, har domstolene vært fraskåret fra å overprøve.

Hovedprinsippet i domstolskontrollen er dermed at domstolens kompetanse innebærer en kontroll av ”rettskrav” av avgjørelser, jevnfør tvisteloven § 1-3.¹² Forvaltningens diskresjonære skjønn vil således i hovedsak være unntatt overprøving. Unntaket her er læren om myndighetsmisbruk som omfatter usaklig forskjellsbehandling, utenforliggende hensyn og vilkårlige eller sterkt urimelige avgjørelser som også hører hjemme blant den rettslige vurderingen retten gjør. I tillegg kan domstolen prøve om et vedtak er basert på riktig fakta. Domstolen kan selvsagt prøve om lovens vilkår er oppfylt eller ikke. Med andre ord, domstolen skal drive legalitetskontroll.

Skjønnets er jo som nevnt over aldri helt fritt og grensen mellom lovmessigheten av et vedtak, som domstolen kan kontrollere, og hensiktsmessighetsskjønnet som er unntatt domstolskontroll, er ikke alltid like fremtredende. Hvor grensen går vil måtte avklares nærmere etter en tolkning av hjemmelsgrunnlaget og i tillegg kan synet på hvor grensen skal gå gradvis endres med tiden.

Domstolene kan derfor noen ganger være varsom med å trå forvaltningen for nær når det kommer til avgjørelser som helt eller delvis er ansett overlatt til forvaltningen selv. Dette fordi den anser forvaltningen som ”better placed” til å avgjøre spørsmålet.¹³

¹² Tvisteloven

¹³ Aall (2011) s. 137

2.2 Historisk bakgrunn

Da grunnloven ikke har bestemmelser som regulerer kontrollen med forvaltningen kan det gi mening å gå noe tilbake i tid for å se på det historiske grunnlaget. Et historisk perspektiv kan også fortelle oss noe om muligheten lovgiver eventuelt har til å forby slik kontroll. Men også si oss noe om man må gå veien om endring av grunnlov eller om Grunnloven § 121 selv setter skranker for endring. Dette er viktige forhold i et demokrati og historien kan i så måte påvise konstitusjonell sedvanerett som igjen kan sette skranker for endring av domstolsprøvingen slik den i dag er.

Et tilbakeblikk – I tiden før tilblivelsen av konstitusjonen i 1814 var domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser et ukjent fenomen. Måten man da kunne forsøke å overprøve et vedtak som gikk én imot var å klage til sentralforvaltningen i København. Dette var det formelle utangspunkt men Kongen (senralforvaltningen) kunne riktignok oversende saken til ”lands lov og rett” noe som innebar en prøving av vedtaket i landets ordinære domstoler.¹⁴

Grunnloven har som sagt vært taus om domstolenes kontroll med forvaltningen inntill Grunnloven § 89 kom til. Dette hadde sin årsak i at grunnlovsmennene hadde, i alle fall de som satt i instillingskomiteen, i stor grad kunnskap om den franske grunnloven som var blitt til noen år før 1814. I den franske grunnloven var heller ikke domstolsprøving av forvaltningen tatt med, snarere tvert imot, da erfaringen til de franske revolusjonære var at domstolene var et hinder for de reformer som hadde blitt forsøkt innført på et tidligere stadie da de blandet seg inn i reformarbeidet. Mens andre land i europa, også etter forbilde fra Napoleons styre, etter hvert forsynte seg med såkalte forvaltningsdomstoler, fortsatte Norge med den prøvingsmetoden hvor Kongen var den som kunne avgjøre skjebnen til de klagesaker han fikk inn.

På 1830-tallet begynte så de ordinære domstolene å prøve gyldigheten til forvaltningsavgjørelser uten Kongens tillatelse.¹⁵ Dog var det første sporet av at domstolskontroll med forvaltningen var akseptert synlig allerede i 1818 da Høyesterett underkjente et ligningsvedtak, uten særlig lovhjæmmel, og hvor den den banebrytende

¹⁴ Eckhoff / Smith (2010) s. 539

¹⁵ Ibid. s. 539

uttalelsen falt: ”*Et sted maa jo dog Borgerne kunde erholde rettet Øvrighetens Feil*”.¹⁶ Etter dette har denne kompetansen blitt tillagt domstolen gjennom lang praksis og også utvidet og jeg kommer nærmere inn på dette i avsnittet under.¹⁷

2.3 Grunnlaget for kompetansen

Domstolenes kompetanse for å prøve om forvaltningens vedtak strider mot lov, forskrift eller ulovfestet rett, kan slås fast som sikker rett basert på langvarig praksis. Grunnloven regnes også som positiv rett og nevnte praksis kan da også tolkes i lys av Grunnloven § 88 og prøvingskompetansen kan dermed sies å ha forankring i Grunnloven.¹⁸ Eivind Smith utleder kompetansen for prøving av forvaltningsvedtak som en konstitusjonell kompetanse etter en tolkning av § 88 sammenholdt med lang praksis.¹⁹ Graver mener kompetansen er domstolsskapt og må regnes som en del av den konstitusjonelle sedvaneretten. Forfatterne slutter enstemmig at dette er mindre viktig da dette til slutt blir et tolkningsspørsmål som ender i den samme konklusjonen om at kontrollen har legitimitet over alminnelig lov. I de nye grunnlovsbestemmelsene i Grunnloven kapittel E er det tatt inn flere nye bestemmelser og i de bestemmelser som er hentet fra SP er disse angitt som en positiv rett. Dette indikerer også at Grunnloven er klart å forstå som en positiv rett. Men ved innføringen av den nye bestemmelsen i Grunnloven § 89 har man fått en positiv hjemmel for kontroll hvor loven selv uttrykkelig sier at domstolen har kompetanse til å prøve avgjørelser fattet av statlige myndigheter.

Ser en tilbake til forarbeidene til dagens forvaltningslov så gir også disse arbeidene klare føringer for at domstolenes kontrollmulighet med forvaltningen ikke enkelt kan endres.

Forvaltningskomiteen uttaler dette om mulighetene for å gjøre innskrenkninger i domstolenes kontrollmuligheter: ”*Noe annet er at en grov tilsidesettelse av saksbehandlingsreglene kan innebære et misbruk av forvaltningsmyndighet som domstolene må kunne kontrollere. Og her ligger vel selve kjernen av den forfatningsrettslige side av domstolskontrollen. Lovgivningen kan ikke legge en avgjørelse til et forvaltningsorgan på en slik måte at domstolene ikke har rett til å prøve om et vedtak skyldes maktmisbruk fra vedkommende forvaltningsorgans side.*

¹⁶ Smith (2003) JV s. 1

¹⁷ Aall (2011) s. 132

¹⁸ Smith (2009) s. 38

¹⁹ Eckhoff / Smith (2010) s. 539

*Dette ville i tilfelle komme i strid med den i vår forfatning sikrede domstolskontroll. Som maktmisbruk må bedømmes overskridelse av grensen for vedkommende myndighet eller fullmakt (ultra vires), anvendelse av myndigheten til et annet formål enn det loven har fastsatt (detournement de pouvoir) og krenkelse av likhetsgrunnsetningen.”*²⁰ Utvalget tolker altså kontrollkompetansen som en kompetanse med konstitusjonell rang.

I tillegg er det etter en alminnelig språklig forståelse forutsatt i lovgivningen, jevnfør § 1-5 i tvisteloven, at slik kontroll er hjemlet.²¹ I tillegg til dette opplister kommuneloven §59 punktvis en legaldefinisjon av begrepet ”lovlighetskontroll”.²²

Denne kontrollen forutsetter likeså en mulighet for den som er uenig i utfallet av et forvaltningsvedtak til å bringe saken inn for domstolen. Uten denne blir jo kontrollen kun en illusorisk rettsregel som ikke kommer til anvendelse. Den norske ”modellen” med et system hvor det er de ordinære domstoler som er prøvingsinstans for forvaltningsavgjørelser krever derfor at noen bringer saken inn for dem. De utøver ingen kontroll av eget initiativ i motsetning til forvaltningsdomstolen slik som for eksempel i Sverige.

I tillegg kan det også nevnes at en ny høyesterettsdom har slått fast at domstolskontroll bygger på konstitusjonelt grunnlag, jf. Rt 2012 s. 1985 hvor det i avsnitt 53 heter at ”[p]røvingsretten har konstitusjonelt grunnlag.”²³

Etter dette kan det slutes at kompetansen er klar for både hjemmelen domstolen har til å kontrollere forvaltningen men også at denne kompetansen er sikret gjennom flere ankerfester og at det ikke må være særlig tvil at den har konstitusjonell rang. Dette innebærer at endring må foregå etter Grunnloven § 121.²⁴

2.4 Utgangspunktet for kontrollen – diskusjoner i teorien

Når et vedtak er avgjort og den som er ”utsatt” for vedtakets virkninger har klaget vedtaket inn for en domstol, blir et av spørsmålene hvilket omfang (intensitet) kontrollen skal ha.

²⁰ Forvaltningskomiteens instilling (1958) s. 369

²¹ Eckhoff / Smith (2010) s. 539

²² Kommuneloven § 59

²³ Rt. 2012 s. 1985 avs. 59

²⁴ Kongeriket Norges Grunnlov § 121

Utgangspunktet har vært oppfattet som ganske klart, nemlig at domstolen kan overprøve forvaltningens subsumsjon, jevnfør forvaltningskomiteens instilling fra 1958, som sier at domstolen har full prøvelsesrett i forhold til subsumsjonen om ikke annet framkommer.²⁵ Selv om Forvaltningskomiteen mener vage ord og uttrykk kan spille inn ved vurderingen av om hvorvidt subsumsjonsskjønnet er overlatt til forvaltningen eller ikke, så er den som nevnt likevell tydelig på at en begrensning av domstolskompetansen til å prøve forvaltningsvedtak bør fremgå klart av lovens ordlyd.

Boe støtter også et slikt syn og han hevder at det er sikker rett at domstolen kan kontrollere at hjemmelsgrunnlaget er tolket rett, men at den også i tillegg som hovedregel kan kontrollere subsumsjonen fullt ut selv om ord og uttrykk i hjemmelen er nokså skjønnsmessig utformet. Han fremhever videre at det kun er unntaksvis at domstolen må si seg inkompetent til å prøve subsumsjonen.²⁶

Eckhoff på sin side hevder i en artikkel fra 1964 som omhandler domstolskontroll med forvaltningen dette: *”Personlig er jeg nærmest av den oppfatning at det i de her omhandlede tilfelle ikke lar seg stille opp noe generelt fortolkningsprinsipp - hverken i den ene eller annen retning -men at tilfellene må vurderes individuelt.”*²⁷

Med dette mener Eckhoff at spørsmålet om kompetansen, eller for å bruke oppgavens tema – intensiteten, må avgjøres av en rekke vurderingsfaktorer som trekkes inn i tolkningen i det enkelte tilfellet og som igjen får betydning for utfallet.

Man kan altså se for seg en glidende overgang fra en tilstand hvor domstolen har full prøvelsesrett og til det frie skjønnet når hjemmelsgrunnlaget gradvis blir mer uklart. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) er et illustrerende eksempel på dette. Når ordlyden og tolkningen av øvrige rettskildefaktorer blir mer vage og kanskje også inneholder politiske islett, så kan mye tale for et fritt forvaltningsskjønn og ikke et rettslig prøvbart tema. Hvor f.eks en lov benytter vage uttrykk som for eksempel ”samfunnsmessige hensyn”, taler både den vage ordlyden og det

²⁵ Forvaltningskomiteen instilling (1958) s. 478

²⁶ Boe (2007) JV s. 46

²⁷ Eckhoff (1964) JV s. 11

politiske preget i vurderingen som skal gjøres, mot at dette skjønnnet helt og holdent er av rettslig karakter. Trallfadommen illustrerer dette og blir behandlet senere.²⁸

Grensene er ikke alltid klare, og en grenseoppgang blir ikke nødvendigvis enkel. Graver framfører at det ikke er mulig å trekke opp klare grenser men at det til syvende og sist er domstolen som avgjør hvor skjønnnet til forvaltningen går og at forvaltningens frie skjønn nærmest blir et spørsmål om hvor langt domstolen selv er villig til å prøve skjønnnet. Men han hevder at tanken og forestillingen om det frie skjønnnet likevell har en berettigelse da domstolene ikke alltid går like intenst inn i overprøvingen av forvaltningens avgjørelser.²⁹ Dette vil komme klarere fram når jeg senere i avhandlingen vil trekke frem eksempler på dommer hvor domstolen mener seg kompetent men likevell ikke overprøver forvaltningens subsumsjonsskjønn.

3 Rettspraksis

3.1 Oversikt

Tidligere skulle det noe til før domstolen anså seg kompetent til å overprøve forvaltningen, men det er hevdet at det går mot en intensivering av kontrollen, også av kontrollen med subsumsjonen.³⁰ Den viktigste kilden for å foreta en vurdering og analyse av hvordan domstolene prøver forvaltningsvedtak er Høyesteretts praksis. Jeg vil i dette avsnittet, som allerede nevnt i problemstillingen, ta for meg ulike høyesterettsdommer for å undersøke om det kan påvises tendenser i hvor stor grad, eller med hvilken intensitet om man vil, Høyesterett overprøver eller kontrollerer forvaltningens subsumsjon, altså om de gitte betingelser i hjemmelsgrunnlaget er oppfylt i den konkrete saken. Jeg har valgt å inndele dommene i avgjørelser i ulike tidsepoker. Jeg har startet med dommer fra før andre verdenskrig og deretter har jeg sett på dommer fra 1960 – årene og frem til begynnelsen av 1990-tallet og så tatt en nytt skille fra 1995.

²⁸ Rt. 2007 s. 257

²⁹ Graver (2015) s. 240

³⁰ Boe (2007) JV s. 67

3.2 Høyesteretts subsumsjonskontroll før 1940

Selv om ordlyden i hjemmelsgrunnlaget er vagt og ubestemt og inneholder skjønnsmessige ord og uttrykk og således innbyr til å anse subsumsjonsspørsmålet som et diskresjonært skjønn og som domstolen ikke kan prøve, så kan domstolen likevel tolke ordlyden dithen at det likevel er visse grenser for skjønnsfriheten og således sette en absolutt grense for hva forvaltningsmyndigheten kan gjøre. Domstolene kan med andre ord innfortolke en rettslig grense og dermed overprøve forvaltningens subsumsjon. I **Rt. 1912 s. 187** prøvde Høyesterett herredsstyrets vedtak om å forby salg av øl til forbruker i kvanta mindre enn 450 liter. I sin tilnærming til prøvingsspørsmålet trakk domstolen inn formålet for loven for å begrunne sin overprøving av herredsstyrets skjønn. Hjemmelen den gangen var rusdrikkloven § 36 nr. 2 som sa at herredsstyret kunne bestemme at salg ”under et visst kvantum” ikke var tillatt.³¹ Dette ubestemte uttrykket kunne indikere at forvaltningen var gitt et diskresjonært skjønn, og at herredsstyret hadde kompetanse til selv å skjønne hvor grensen for salget skulle gå.

Utrykket kunne, både i henvisningen til kommunen som vedtaksorgan, men også i sin ordlyd om et visst kvantum, som allerede nevnt, en indikasjon på at det var opp til kommunen å skjønne hvor grensen i dette tilfellet skulle gå. Ordlyden ”under et visst kvantum” gir også en indikasjon for at kvantumet ikke kunne settes alt for høyt og at det må gå en grense et sted. Minstekvantumet kommunen ut fra ordlyden hadde tolket seg fram til var 450 liter, noe som i realiteten utelukket privatpersoner fra å kjøpe øl.³² Høyesterett vurderte imidlertid at uttrykket ”under et visst kvantum” ga føring for en absolutt yttergrense.³³ Lovens formål var vitterlig å regulere alkoholsalg og ikke forby det. Høyesterett mente derfor at herredsstyret hadde overskredet sin kompetanse ved å i realiteten utelukke privatpersoner fra å kjøpe øl og dette stred også mot formålet med loven. I tillegg kan det ikke utelukkes at domstolen ved dette tilfellet mente begrensningen på 450 liter øl var et så høyt kvantum og dermed virket vedtaket noe underlig og rart og derfor valgte å overprøve dette.

Eckhoff trekker også inn et moment i denne dommen som er interessant som et argument for å prøve subsumsjonen. Han er av den oppfatning at kommunens vedtak i saken var utenfor

³¹ Rusdrikkloven § 36 nr. 2 (opphevet)

³² Eckhoff (1964) JV s. 10

³³ Innjord 1996 s. 194 note 43

det som var de elastiske grenser i loven og at dette nok var avgjørende for at Høyesterett satte vedtaket til side. Jeg oppfatter Eckhoff med dette mener at undertiden er lovens rammer vide men den har dog en grense et sted og dermed er forvaltningens kompetanse innenfor disse grensene gitt. Men det er opp til forvaltningsmyndigheten å nærmere skjønne innenfor rammene som lovgiver har satt. Dersom rammene overskrides kan dette overprøves av domstolen da dette er et rettslig spørsmål. Herredsstyrets vedtak gjorde at salget ble umulig til store deler av befolkningen og innebar jo i realiteten et forbud og dette synet fantes det ikke støtte for i forarbeidene. Forarbeidene talte om å regulere og ikke om forbud. Grensene som loven satte var dermed overskredet.

Eckhoff mener at det i de tilfeller lovteksten er så vag som i dette tilfellet skal det noe til før domstolen prøver subsumsjonen. Eckhoff hevder dommen likevel er et eksempel på at forvaltningen har forholdsvis vide rammer når uttrykk som ”et passende beløp” og ”mindre vesentlige grenseberigelser” er utgangspunktet for tolkningen. Men han hevder at forvaltningens grenser kan overskrides selv med såpass vage ord og uttrykk, og at domstolen kan prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor denne grensen.³⁴ Høyesterett fastslår med dommen at forvaltningens lovtolkning var underlagt domstolens kontroll og at domstolen kan overprøve subsumsjonen når forvaltningen går utover de grenser som loven stiller opp. Dommen gjelder inngrep overfor privatpersoner og det er lett å tenke at dette kan ha påvirket bedømmelsen. Domstolen vil som regel gå noe hardere inn i prøvingen når dette er tilfellet. Likevel var minimumsvolumet for øl-salg satt så høyt at selv uten at dette hadde vært en inngripen i den private sfære, så ville nok resultatet ha blitt det samme. Eckhoff/Smith hevder at det ikke er utenkelig at domstolen nok driver kontrollen lengre (*mer intenst*)³⁵ når vedtaket bærer preg av å være urimelig eller underlig.³⁶

En sak hvor domstolen avsto fra og som viser at det kan være vanskelig å skille domstolens prinsipielle tolkning fra regelrett tilbakeholdenhet er **Rt. 1932 s. 655**.³⁷ Saken dreide seg om fredning av et område som også innebar fredning av alt vilt i det samme området, og med dette også fiskeartene ørret og harr etter den nå opphevede naturfredningslov av 1910.³⁸

³⁴ Eckhoff (1964) JV s. 10

³⁵ Min utheving

³⁶ Eckhoff / Smith (2010) s. 544

³⁷ Rt. 1932 s. 655

³⁸ Lov om naturfredning (opphevet)

Oppsitterne som i underretten hadde blitt dømt for ulovlig fiske i vannet som lå innenfor fredningsområdet, hadde i mange år fisket i verneområdet og fortsatte også etter fredningen. Oppsitterne mente at de hadde rett til å fiske i vannet etter alders tids bruk og at fredningen av området uansett ikke kunne innbefatte fiske. De domfelte oppsitterne anket lovanvendelsen i underrettsdommen da de mente at en så vidt utstrakt fredning ikke kunne fattes av forvaltningen.

Kjernen i spørsmålet som var oppe for Høyesterett gjaldt om forvaltningen kunne forby fiske i et vann dersom den anså dette som ”nødvendig” for å verne områder og dyr som var av vitenskapelig eller historisk betydning. Høyesterett måtte ta stilling til om den anså seg kompetent til å prøve subsumsjonen til forvaltningen. Bestemmelsen som Høyesterett tok stilling til var ordlyden i den nå opphevende ”Lov om naturfredning” hvor § 1 bestemte at, ”[s]kal være fredet, naar det anses nødvendi[g]” og videre ”[h]vis bevarelse vil være av vitenskabelig eller historisk betydning.”³⁹ Høyesterett uttalte om dette: *”Saavel lovens hensikt som dens ordlyd maa antas at gi adgang til naturfredning ogsaa av fiske. Der kan visstnok reises nogen tvil om, hvorvidt loven gir adgang til naturfredning av saa almindelige fiskesorter som harr og ørret, hvis bevarelse ialfall vanskelig for tiden synes at kunne være av «vitenskapelig eller historisk betydning». Dette spørmaal, som av forsvareren er tatt frem for Høiesterett, sees ikke at være berørt i dommen og heller ikke nevnt i ankeerklæringen. En saadan fredningsbeslutning vilde imidlertid bero paa et skjønn av vedkommende administrative myndighet, mens domstolene vanskelig kan avgi noget skjønn om det.”*⁴⁰

Domstolen tok utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen som et utgangspunkt for bedømmelse av om den kunne prøve forvaltningens subsumsjon. Førstvoterende tilnærmet seg ordlyden noe forsiktig da han uttalte at bestemmelsens ordlyd ”[m]aa antas” å gi adgang til fredning også av fisk i vannet i det vernede området. Dernest uttaler han at det kan reises ”[n]ogen tvil” i om fredning kan vedtas også for så alminnelige fiskeslag som det her var snakk om. Domstolen stilte spørsmål om fredningen av de fiskeartene som nevnt kunne være verneverdige og av slik betydning som staten ville ha det til. Hva domstolen la til grunn for dens beslutning om å ikke overprøve subsumsjonen i dette tilfellet er ikke helt klart.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Rt. 1932 s. 655 på side 656

Én forklaring på dette kan være at de samme argumenter som ligger til grunn for å foreta en ordlydsfortolkning på en bestemt måte undertiden også kan inngå i argumentasjonen for å vise tilbakeholdenhet fra overprøving. En tilbakeholdenhet fra prøving vil da være en mellomting mellom full prøving og ingen prøving og kan på den måten ikke sies å være et klart tegn på at domstolen ikke anser seg kompetent.⁴¹ Vangsnes sier i en artikkel vedrørende tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen i "Tidsskrift for rettsvitenskap" nr. 02/14, at han ikke ser det slik at en tilbakeholdenhet fra prøving er det samme som en kompetansebegrensning.⁴² I Eckhoff/Smiths bok om forvaltningsrett er det framholdt følgende vedrørende tilbakeholdenhet og kompetanse: *"Det er intet nødvendig sammenfall mellom hvilke sider av et forvaltningsvedtak domstolene har kompetanse til å prøve, og hvor langt inn i vedtaket de faktisk velger å gå. Det hender at Høyesterett fastslår at den har rett til å prøve bestemte spørsmål, men så forklarer hvorfor den ikke finner grunn til å bruke sin kompetanse med stor intensitet."*⁴³ Når saken var at det dreide seg om et så alminnelig fiskeslag som ørret er det ikke underlig at retten stillte seg noe tvilende til om det var hjemmel for fredning. Det er drøftelsen i dommen, begrunnelsen for valget av overprøving eller ikke, som kan si oss noe om prøvingsintensiteten til dommen(e).

Det kan vanskelig leses ut fra dommen om Høyesterett i dette tilfellet, for det første, anså seg kompetent til å overprøve subsumsjonen men likevel valgte å avstå fra overprøving i respekt for forvaltningens faglige skjønn. Dette er et moment som kan veie tungt i domstolens avgjørelse av om den skal anse forvaltningens avgjørelse som endelig og dermed avstå fra overprøving.⁴⁴ For det andre kan det tenkes at den gjennom tolkningen av hjemmelen, falt ned på at den ikke var kompetent til å overprøve vedtaket. Innjord uttaler i en artikkel vedrørende domstolskontroll med forvaltningsvedtak i Jussens Venner fra 1996, at det ikke er lett å si om det som kommer til uttrykk i dommen skal forstås som en prinsipielt tolkningsstandpunkt eller det er et utslag av pragmatisk tilbakeholdenhet.⁴⁵ Dommen er altså ikke lett å bedømme ut fra om domstolen her handler ut fra et syn om at den ikke anser seg kompetent, eller om den er tilbakeholden med å prøve subsumsjonen, eller om den ikke anser dette å være et rettslig spørsmål retten kan ta stilling til. Dette temaet problematiseres heller

⁴¹ Se om dette i Vangsnes (2014)

⁴² Ibid. s. 132

⁴³ Eckhoff / Smith (2010) s. 545

⁴⁴ Innjord (1996) s. 189

⁴⁵ Ibid. s. 176

ikke i domspremissene. Det er med andre ord ikke lett å vite hvor domstolens vurdering av prøvingsintensitet slutter, og hvor den materielle vurderingen begynner. Dermed er det heller ikke lett å ha bastante meninger om prøvingsintensiteten til domstolen i dette tilfellet.

Ved skjønnsmessige uttrykk kan prøvelsesretten komme særlig på spissen da det er domstolen som selv avgjør hva den kan prøve. Med dette menes at som utgangspunkt er lovtolkning en rettslig oppgave og dermed er det i prinsippet domstolen selv som, ved en tolkning av loven, bestemmer hva ved bestemmelsen som er underlagt domstolens skjønn og hva som er fritt skjønn.⁴⁶ Det kan undertiden oppstå mange og vanskelige faglige spørsmål som retten må ta stilling til med tilsvarende vage ord og uttrykk og dermed blir også domstolens prøvingsrett vanskeliggjort og man må av og til se seg nødt til å trekke inn sakkyndige. Et hensyn som kan tale for overprøving i slike vanskelige saker er kontradiksjonsprinsippet som er forankret i rettssikkerhetsprinsippet slik at domstolsprøving også her blir utfallet. Dermed kan vage nyanser i ordlyd og evt. forarbeider osv. komme på spissen i forhold til om avgjørelsen skal anses overlatt til forvaltningen alene, eller om domstolen kan overprøve subsumsjonen.

Domstolens oppfatning av om f.eks. en tillatelse skal gis kan retten som regel ikke ta stilling til, men den kan prøve det skjønnsmessige uttrykk som er et vilkår for å kunne gi tillatelsen da retten selv vil se dette som et rettslig spørsmål. Ordlyden alene gir med andre ord ingen sikker grunn til å anta at skjønnnet er overlatt til forvaltningen direkte, det må foretas en tolkning og denne tolkningen er det domstolen som foretar.

Om domstolen kan prøve subsumsjonen skaper derfor ikke sjelden subtile grenseoppganger. Eckhoff hevder at ” *Når domstolene skal avgjøre om en forvaltningsavgjørelse har den nødvendige hjemmel og ikke står i strid med lover eller andre bindende bestemmelser, kan de prøve både de faktiske og rettslige sider av spørsmålet. De prøver hvordan lovbestemmelsen er å forstå, hvilke fakta som foreligger, og om disse fakta lar seg subsumere under bestemmelsen. Dette gjelder som hovedregel selv om subsumsjonen er skjønnsmessig.* ”
”*[D]omstolens egen vurdering av om den finner det rimelig eller ikke at husdyrhold skal kunne forbys i vedkommende strøk, vil lett virke inn på avgjørelsen, men det forhindrer ikke at spørsmålet anses som et rettsspørsmål som kan prøves.* ”⁴⁷

⁴⁶ Aall (2011) s. 137

⁴⁷ Eckhoff (1964) s. 6

I Rt. 1934 s. 330⁴⁸ sto uttrykket ”villamessig bebyggede strøk” og hva dette innebar i fokus. Spørsmålet som var oppe til doms var om kommunen var erstatningsansvarlig for økonomisk tap saksøkeren var påført på grunn av helserådets tidligere vedtak om å nekte oppføring av et grisehus. Ordlyden er klart skjønnsmessig og kan dermed som et utgangspunkt, sies å være åpen med hensyn til spørsmålet om det er overlatt til forvaltningen alene å utøve skjønn, altså det frie skjønn. Prøvingsintensiteten er ofte lik viljen til prøving fra domstolens side og det vil være domstolen selv som tar avgjørelsen om den vil prøve subsumsjonen. Saken er litt spesiell da flertallet falt ned på å ikke overprøve helserådets vedtak da det ikke fant at det var utvist uaktsomhet fra rådets side med hensyn til bedømmelsen av om strøket var ”bymessig bebygget”. Men Høyesterett sa seg enig med herredsrettens dom (dissens 4-1) i saken og ut fra dette så kan man konkludere med at saken ville endt med full prøvelse, det vil si tolkning av hjemmelen, om fakta var slik som forvaltningen hadde kommet fram til, og dette subsumert under riktig rettsregel.

Votumet til dissenterende dommer Hanssen på side 331 er interessant å lese i denne sammenheng. Han uttaler følgende om prøvingsretten vedrørende ordlyd og subsumsjon: *”Det er saaledes bare ved tettbebyggelse og i villamessig bebygget strøk at helseraadet kan nekte anlegg av grisehus. Det er paa det rene at der ikke foreligger tettbebyggelse pa Solemskogen. Derimot har det fra kommunens side vært hevdet at strøket er villamessig bebygget. Heri kan jeg ikke være enig. For at et strøk skal kunne betegnes som villamessig bebygget maa det efter min mening kreves, at strøket for en vesentlig del faktisk er bebygget paa en maate der kan betegnes som villamessig. Det er visstnok vanskelig at angi noget bestemt kjennemerke som ubetinget skiller villamessig bebyggelse fra annen bebyggelse, men det synes dog at ligge i selve betegnelsen at der maa stilles visse minimumskrav med hensyn til bygningenes karakter.”*

Hva som kan sies å være ”villamessig bebygget” kan neppe sies å gå klart fram av ordlyden, og det er ikke utenkelig at standpunktet til dommer Hanssen kunne ha vært påvirket av om han syntes det burde være adgang til å forby dyrehold i området eller ikke, jevnfør sitatet til Eckhoff ovenfor. Høyesterett falt likevel ned på at både lovtolkningen og skjønnets om

⁴⁸ Rt. 1934 s. 330

hvorvidt området kunne sies å være ”villamessig bebyggelse” var et rettslig spørsmål som domstolen kunne prøve. Man kan legge til at feilbedømmelsen av at strøket var villamessig bebygget fra forvaltningens side, ville gjort at forvaltningens materielle kompetanse ville være overskredet og slike feil fører som regel alltid til ugyldighet slik at en overprøving ville antakelig endt med dette. Dommen er tydelig på at subsumsjonsskjønnet i denne saken var godt innenfor domstolens kompetanse og viser at vage ord og uttrykk nok er en forutsetning for at forvaltningen skal antas å ha vurderingsfrihet men at det heller ikke nødvendigvis har vært et avgjørende moment.

3.3 Høyesteretts subsumsjonskontroll fra 1960-tallet

I Rt. 1969 s. 568 var saken at bygningsrådet, etter selv å ha endret reguleringsplanen, foretok et ekpropriasjonsskjønn basert på at dette var innenfor deres kompetanse da det dreide seg om ”mindre vesentlige endringer”. Ordlyden var her også uklar men Høyesterett fant her støtte i sine egne prejudikater og forarbeider til sin tolkning av ordlyden.⁴⁹ Den aktuelle bestemmelsen var Bygningsloven av 1965 § 28 nr. 2, som oppstilte at ”*mindre vesentlige endringer kan avgjøres av bygningsrådet*”.⁵⁰ Spørsmålet som retten måtte ta stilling til var om den etter egen vurdering kunne avgjøre om en endring var mer eller mindre vesentlig og dermed sette bygningsrådets vedtak til side som lovstridig.

I den ovennevnte saken var som nevnt ordlyden uklar med hensyn til om de skjønnsmessige sider (subsumsjonen) ved vedtaket var overlatt til forvaltningens skjønn. Domstolen tok tak i forarbeidene og mente de ga en viss grad veiledning og et inntrykk av at skjønnnet var overlatt til forvaltningen. Imidlertid viste domstolen til bemerkninger til § 28 i en Ot.prp. nr. 1 for 1964/65 92 som gjorde det klart at mindre endringer som regel burde avgjøres skjønnsmessig. I den samme Ot.prp. gjorde bygningslovskomiteen det klart at vedtak fattet av bygningsrådet som angikk mindre endringer i en reguleringsplan ville være gjenstand for klage, også skjønnsmessige vedtak. Bygningslovskomiteen gjorde det klart at dette også gjaldt selv om vedkommende bestemmelse henviste til bygningsrådets skjønn. Videre så var det uttalt i innstillingen at domstolene i slike tilfeller vil være avskåret fra å prøve den skjønnsmessige siden av avgjørelsene.

⁴⁹ Rt. 1969 s. 568

⁵⁰ Bygningslov (Opphevet)

Man kan ut fra dette legge til grunn av loven og dens forarbeider langt fra var klare og tydelige. Når domstolen ikke finner tydelige og nok klare rettskildefaktorer i lov og forarbeider er det naturlig å se på andre relevante rettskildefaktorer. I dette konkrete tilfellet brakte retten inn sine egne prejudikater og trakk fram to dommer som dog gjaldt et annet uttrykk, nemlig ”mindre vesentlig grenseberiktigelse”.⁵¹ Det ble i disse dommene avgjort at det var overlatt til forvaltningens eget skjønn om det forelå en mindre beriktigelse. Førstvoterende konkluderte vedrørende prøvingsretten at; “[D]omstolene får da i disse saker begrense seg til å kontrollere om avgjørelsen ligger innenfor rammen av et forsvarlig skjønn og om det bygger på en riktig tolking av loven og dens formål.” I tillegg anførte Høyesterett at bygningsrådene i kommuner med et godt teknisk apparat har de beste forutsetninger for å treffe de avgjørelser det her var spørsmål om å avgjøre. Dette siste kan synes litt ubestemmelig å uklart med hensyn til en konkretisering av hva som menes med et godt teknisk apparat. Noe synes å bli hengende i luften uten at Høyesterett gir seg inn på å drøfte dette mer inngående. Men når det er sagt, er dette kun en liten del av den totalvurdering som domstolen gjorde. Det som man kan tolke ut fra dommen er at domstolen undersøker grundig de aktuelle rettskildefaktorer og veier de mot hverandre og Høyesterett falt til slutt ned på at den ikke kunne overprøve skjønnet til forvaltningen. Førstvoterende uttaler også til slutt: ”[J]eg tror også at de beste grunner taler for at ordningen fortsatt bør være slik den var.” Denne siste uttalelsen kan kanskje være et tegn på at domstolen i dette tilfellet ikke fant nok støtte i de rettskildefaktorer den allerede hadde vurdert, og trakk her inn reelle hensyn i avveielser.

Det kan likevel synes som om domstolen avstår fra å drøfte inngående forholdet mellom subsumsjonen og tolkningen. Den nevner dog at domstolen må forholde seg til tolkningen om det er foretatt forsvarlig skjønn og en riktig tolkning av loven og dens formål. Her kunne nok domstolen, om den ønsket, gått inn i en mer grundig drøfting. Høyesterett kunne nok, om den ønsket en mer inngående og intens prøving, utpenslet lovtolkningen ytterligere, eller sagt med andre ord, foretatt en innskrenkende tolkning slik at det rom for skjønn som ble tilbake, ble redusert. Dermed hadde den kunnet kontrollere forvaltningen uten å trå forvaltningen for nær om dette var uønsket. Men det domstolen la tydelig vekt på som argument for å avstå fra

⁵¹ Se Rt. 1936 s. 211 og Rt. 1937 s. 308

prøvingen, var at den faglige vurderingen som var gjort holdt god kvalitet. Dette er selvfølgelig ikke det samme som at domstolen ikke ser seg kompetent.

Rt. 1975 s. 603 (Swingball-dommen).⁵² Denne saken dreide seg om gyldigheten på patentstyrets avslag på en patentssøknad. I denne forbindelse ble også omfanget av domstolens overprøvingsrett i slike saker tatt opp til drøfting. Saken er av jurister sett på som den klassiske dommen om tilbakeholdenhet.⁵³ Dommen drøfter inngående de ulike hensyn tilbakeholdenheten er grunnlagt på og er derfor interessant også særlig fordi den viser domstolens egen kompetansevurdering i disse sakene. Saken dreide seg om en oppfinnelse var så nyskapende at det fortjente å bli patentsikret. Bestemmelsen som det særlig gjaldt var Patenloven § 2 1. ledd som lyder: *”Patent meddeles bare på oppfinnelser som er nye i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag, og som dessuten skiller seg vesentlig fra dette.”*⁵⁴ Patentstyret var av den oppfatning at produktet ikke fortjente patentbeskyttelse.”

I saken ble det lagt til grunn at domstolen kunne prøve den konkrete subsumsjonen, men at Patentstyrets ”spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag” gjorde at Høyesterett valgte å stå tilbake for å overprøve patentstyrets avgjørelse. Dette gjorde Høyesterett selv om lovgivningshistorikken talte for overprøving av patentstyrets vurderinger.

Det som er interessant er domstolens drøfting av sin kompetanse til prøving av subsumsjonsskjønnet til forvaltningen. Staten hevdet at domstolen bare kunne prøve saksbehandlingen, det faktiske grunnlag for avgjørelsen, spørsmålet om vilkårlighet og den generelle lovforståelsen, men at domstolene ikke hadde kompetanse til å overprøve patentstyrets skjønnsmessige vurdering av hvordan loven skulle anvendes på det konkrete forholdet.

Førstvoterende uttalte generelt om sin forståelse av prøvingsretten vedrørende domstolens prøvingsrett i patentspørsmål dette; *”Så vel etter gjeldende lov som etter loven av 1910 har domstolene full prøvelsesrett i saker som gjelder gyldighet av meddelt patent. Det er således helt på det rene at i disse såkalte ugyldighetssaker kan domstolene også prøve den*

⁵² Rt. 1975 s. 603

⁵³ Vangsnes (2014) s. 138

⁵⁴ Patentloven

skjønnsmessige vurdering som § 2 forutsette[r]” Førstvoterende uttalte videre: ”Jeg nevner for øvrig at den skjønnsmessige vurdering som patentmyndighetene utøver i henhold til lovens § 2 må karakteriseres som et subsumpsjonsskjønn. Loven hjemler i den enkelte sak intet spillerom for hensiktsmessighetsbetraktninger: Er kravet til nyhet og oppfinnelseshøyde oppfylt, har søkeren «rett til» patent, jf. § 1”.⁵⁵

Høyesterett viste i dommen til § 1 i loven som ga ”rett” til patent. Jeg mener dette legger føringer for å tolke prøvingsintensiteten dithen at dersom loven oppstiller en slik klar og lovmessig rettighet, vil dette fungere som en absolutt grense for forvaltningens skjønnsutøvelse, men også om domstolens kompetanse til å prøve subsumsjonen, jf. også det som er sagt ovenfor om dette. Innjord hevder at dersom lovens ordlyd er av sterk betydning for omfanget av rettigheten, med andre ord som i dette tilfellet, så er dette et klart argument for at domstolen kan overprøve den konkrete vurderingen til forvaltningen.⁵⁶

Det som Høyesterett brukte som argument i dette tilfellet for å stå tilbake for å overprøve vedtaket, var at Patentstyret i forhold til sakens vurderingstema hadde svært stor faglig tyngde og var dermed noe som Høyesterett mente den ikke burde overprøve. Den anså seg altså kompetent men ønsket ikke å bruke denne kompetansen.

Førstvoterende Schweigaard Selmer uttalte om grunnen for tilbakeholdenheten i prøvingen i den konkrete saken: ”Jeg understreker imidlertid at det er all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med”.⁵⁷ Dermed så kan altså en forvaltningsavgjørelse som Høyesterett anser er vedtatt med stor faglig tyngde medføre at den anser seg kompetent men velger ut fra den tunge faglige kompetansen til forvaltningsorganet å stå tilbake med å overprøve skjønnsutøvelsen.

Dommen kan tolkes som om domstolen tar i bruk en mer intensiv prøvingsrett selv om den avstår. Poenget er jo at den uttaler at den har kompetanse til dette, ikke at det faktisk gjør det. Likevel nevner Nisja og Reusch både tilbakeholdenhet og fritt forvaltningsskjønn i samme

⁵⁵ Rt. 1975 s. 603 på side 606

⁵⁶ Innjord (1996) s. 188-189

⁵⁷ Rt. 1975 s. 603 på side 606

setning og som momenter for å ikke overprøve forvaltningens subsumsjon. Det at dette gjøres i samme setning angir dermed deres syn på at dette er to sider av samme sak.⁵⁸

Boe fremfører i artikkelen ”Hvem bestemmer-domstolene eller forvaltningen” at han ikke er enig i en slik slutning og uttaler at selv om domstolskontrollen går i retning av skjerpet kontroll betyr det ikke at domstolene alltid går dypt inn i de bundne skjønnene. Han framfører at det å ha kompetanse er noe annet enn å bruke kompetanse og at kompetanse ikke er ensbetydende med å benytte seg av denne. Han hevder videre at det å vise tilbakeholdenhet ikke er det samme som å anse seg selv inkompetent.⁵⁹

Denne prøvingsformen, er som nevnt, en slags mellomstilling mellom det at domstolen anser seg ikke kompetent og overlater skjønnet til forvaltningen og det å prøve subsumsjonen fullt ut. Tilbakeholdenhet av prøving der det foreligger kompetanse er ikke ukontroversielt. Vangsnes mener imidlertid at domstolens praktisering av tilbakeholdenhet står i et uavklart forhold til de eksisterende prøvingsnormer og rettskildefaktorer og at det mangler på refleksjon rundt dette temaet.⁶⁰ Det er ikke vanskelig å være enig med Vangsnes i dette ut fra den tanke at det ikke alltid er lett å se hva domstolene begrunner sin tilbakeholdenhet med. Særlig da distinksjonen mellom prøvingsnormer og de materielle rettsreglene ikke alltid er like klare er det lett å se at dette ikke er et avklart forhold.

Men på den annen side er prinsippene om domstolskontroll utviklet av domstolene selv og det er da som Boe sier ikke merkelig at den skjelner mellom hva den kan gjøre, og hva den må gjøre.⁶¹ Domstolen kan med andre ord avgjøre om den anser seg selv bedre stilt enn forvaltningsorganet og dermed velge å være tilbakeholden, eller anse vurderingstemaet så strengt lovbundet at den må kontrollere skjønnet fullt ut. Dette handler som Boe sier, også om respekt for den sakkunnskapen forvaltningen besitter, og dette er noe annet enn å frasi seg kontrollen med forvaltningen.

⁵⁸ Nisja / Reusch (2009) JV s. 256

⁵⁹ Boe (2007) JV s. 80

⁶⁰ Vangsnes (2014) s. 132

⁶¹ Boe (2007) JV s. 80

Man kan kanskje stille seg noe undrende til hvorfor domstolen ikke prøver subsumsjonen når den først finner at den er kompetent til å prøve forvaltningens lovanvendelse. Muligens kan noe av forklaringen også være at ”inngrepet” ikke var særlig inngripende men et derimot et avslag på et patent. Det hadde muligens stilt seg annerledes dersom det gjaldt fradømmelsen av et patent.

Hvor langt domstolen velger å gå i prøvingen vil også her avhenge av flere vurderingsfaktorer, men særlig et organs spesielle sakkunnskap som i dette tilfellet vil altså, ut fra slik dommen er å lese, veie tungt når domstolen skal velge om den vil prøve forvaltningens subsumsjon eller ikke. At organet har en bred og dyp erfaring i lignende saker vil klart spille inn.

Dommen har vært kritisert fra ulike hold på grunn av domstolens tilbakeholdenhet overfor forvaltningen. Advokat Halvor Manshaus skriver i ”jusnytt.no” at dommen har vært kritisert men at det som oppstilles i dommen er et praktisk utgangspunkt for domstolene.⁶² Han sier videre at dommen ”[e]n presumsjonsregel, et forsiktighetsprinsipp.” Han gir videre det syn at anerkjennelsen av den kompetansen Patentstyret i denne saken ble gitt vil variere med type sak. Jeg er enig i denne betraktningen fra Manshus og mener at i vurderingen av hvor mye vekt man skal tillegge forvaltningsorganets sakkunnskap contra domstolens prøvingsrett må vurderes konkret fra sak til sak. Det viser kanskje at man også skal være noe forsiktig med å benytte slike dommer som prejudikater uten å være analytisk med hensyn til hva man selv har foran seg av fakta. Det som også gjør dommen vanskelig å tolke er at tilbakeholdenheten ikke lener seg på noen forutgående regelanvendelse. Vangsnes forklarer dette forhold med at vurderinger mellom tilbakeholdenhet og vurderinger av den materielle regelen sjelden tematiseres i domspremissene, og at det dermed blir vanskelig å vite hvor domstolenes prøvingsvurderinger slutter, og hvor den materielle vurderingen begynner.⁶³

3.4 Høyesteretts subsumsjonskontroll fra 1995

I en senere sak som gjaldt varemerkeregistrering ble domstolens prøvingsintensitet og vilje nærmere nyansert. I Mozell-dommen, **Rt. 1995 s. 1908**, ble det tatt utgangspunkt i at domstolen kunne prøve forvaltningens subsumsjon fullt ut og viste til Swingball-dommen

⁶² Manshus (2008)

⁶³ Vangsnes (2014) s. 133

vedrørende domstolens prøvingsmulighet i saken.⁶⁴ Hovedspørsmålet i saken dreide seg om gyldigheten av en varemerkeregistrering og etter Lov om varemerker § 14, første ledd nr. 2 hvor det het; ”*Et varemerke kan ikke registreres dersom det.*” [e]r egnet til å villedet.”⁶⁵

Flere tyske vinprodusenter i Moseldistriktet i Tyskland klagde inn den norske mineralvannsprodusenten Ringnes som hadde et mineralvann med samme navn som de tyske vinprodusentene og hevdet forbrukerne kunne bli villedet. Patentstyret, som hadde vært oppmerksom på likheten med Moseldistriktet i Tyskland, hadde ingen innvendinger og godkjente registrering av navnet. Spørsmålet som er interessant for vår del er hva i dommen som er avgjørende for domstolens syn på sin egen kompetanse til å prøve subsumsjonen.

Høyesterett uttalte på side 1914 i dommen at ”*Jeg antar at de hensyn som ligger til grunn for uttalelsen, (med adresse til Swingball-dommen) vanligvis ikke kan ha samme vekt i varemerkesaker, hvor de faktiske sider ved avgjørelsestemaene ofte vil være lettere tilgjengelige for domstolene, og hvor spørsmålenes rettslige preg kan være sterkere.*”

Her stilles det opp som et argument for prøvingen i det konkrete tilfellet, at det ikke er avgjørende om forvaltningen er *nærmest* til å bedømme de faktiske sider for avgjørelsen, men om den har en *bedre* forutsetning enn den domstolen har.

Høyesterett uttalelser i denne dommen om at de vurderingstemaer som er oppstilt lettere er tilgjengelige for domstolen og at temaene er mer rettslige enn i Swingball-dommen, viser at domstolen her legger vekt på hvor tilgjengelig uttrykkene kan sies å være i forhold til domstolens bedømmelse av egen kompetanse. Domstolen falt i denne saken, som allerede nevnt, ned på at den kunne prøve subsumsjonen. Høyesterett begrunnelse var altså at vurderingstemaene var mer rettslige og at domstolen ved slike vurderinger hadde bedre forutsetninger enn i swingball-dommen til å vurdere temaet.

Aall om dette at ”*[d]et avgjørende er med andre ord ikke om forvaltningsorganet har gode forutsetninger i forhold til sakens temaer, men om forutsetningene er bedre enn domstolenes.*”⁶⁶

⁶⁴ Rt. 1995 s. 1908

⁶⁵ Lov om varemerker

⁶⁶ Aall (2011) s. 137

Når det gjelder skillet mellom prøvingsintensiteten og domstolens avholdenhet med å prøve alle sider av vedtaket påpeker Aall at [e]r det neppe særlig hensiktsmessig å trekke et skille mellom prøvingsomfang og vilje.⁶⁷

Dette er et interessant synspunkt da det påpeker tydelig at det er domstolens egen bedømmelse som legges til grunn for vurdering av dens egen kompetanse.

Det kan vanskelig påvises en tendens i disse sakene som gjelder tilbakeholdenhet av full prøving av subsumsjonen. Det at Mozell-dommen er 20 år yngre enn Swingball-dommen er ikke ensbetydende med at prøvingsintensiteten kan sies å ha tiltatt i disse årene. En tilbakeholdenhet i den første dommen kan også knyttes til at retten mener avgjørelsen fra forvaltningsmyndigheten var rimelig uten at dette sies klart. Nisja og Reusch framfører at domstolens tilbakeholdenhet kanskje heller kan sies å være et tegn på at den legger betydelig vekt på forvaltningens vurderinger og de viser blant annet til Swingball-dommen.⁶⁸ Boe sier at å vise tilbakeholdenhet ikke er det samme som å abdisere fra kontrollen, men det er å vise respekt for sakkunnskapen til forvaltningen.⁶⁹ Det at dommene omhandler forskjellige rettsgrunnlag, patent og at siste dom dreide seg om varemerkeregistrering, er ikke minst med på å skape en distinksjon i de fakta som ligger til grunn for dommene. Dette er jo for øvrig noe Swingball-dommen, som nevnt, også tar forbehold for, nemlig at ulike saker og fakta krever en selvstendig vurdering. Fra et slikt ståsted endrer ikke Mozell-dommen annet enn at den stadfester Swingball-dommens betydning av domstolens mulighet til å prøve subsumpsjonen men velge å stå tilbake for prøving.

Slik sett blir forskjellen i prøvingsintensiteten mellom disse dommene kanskje ikke annet enn at i den første dommen så var begrepene og de vurderinger som skulle gjøres klart mer faglige, mens i den siste så bar problemstillingen mer preg av vurderingstemaer som domstolen følte seg komfortabel med å prøve, sagt med andre ord, mer rettslige.

I **Rt. 1995 s. 1427**⁷⁰ dreide saken seg om gyldigheten av vedtak om å frede to vann med nærmeste omgivelser som naturreservater etter daværende naturvernlov § 8 som lød:

”Område som har urørt, eller tilnærmet urørt natur eller utgjør spesiell naturtype og som har

⁶⁷ Ibid. s. 138

⁶⁸ Nisja / Reusch (2009) s. 257

⁶⁹ Boe (2007) s. 80

⁷⁰ Rt. 1995 s. 1427

*særskilt vitenskapelig eller pedagogisk betydning eller som skiller seg ut ved sin egenart, kan fredes som naturreservat.”*⁷¹

Dommen er særlig interessant å se nærmere på da den innbefatter tre ulike vota og som er med på å belyse Høyesteretts syn på domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak. Dommen er også sett på av flere som en viktig dom med hensyn til å stadfeste domstolens kompetanse i forhold til prøvingsretten av forvaltningens subsumsjonsskjønn.⁷² Staten hevdet at domstolen ikke kunne prøve forvaltningsskjønnet i saken da dette besto av skjønnsmessige vurderingskriterier.

Staten hevdet derfor at *”Det er bare et utgangspunkt i forvaltningsretten at domstolene skal kunne prøve myndighetenes konkrete rettsanvendelse. Dette utgangspunkt viker når avgjørelsen - slik som her - nødvendigvis må bli sterkt skjønnsmessig og preget av faglige vurderinger.”*⁷³

I forvaltningskomiteens innstilling fra 1958 er utgangspunktet at domstolsprøving er utgangspunktet, men som den skriver på side 374: *”[M]en hvor loven ingen klar eller uttrykkelig bestemmelse har, kan det likevel være at en tolkning av vedkommende lov viser at det er lovens mening at et rettsanvendelsesskjønn ikke skal prøves av domstolene.”*

Statens syn var dermed at var kun som et utgangspunkt at domstolen kunne sette seg over forvaltningens skjønnsutøvelse og at det skulle mindre til for at domstolen måtte si seg inkompetent. Staten var av den oppfatning at sterkt skjønnsmessige ord og uttrykk tilsa fritt skjønn. Denne oppfatningen legger tolkningen i det sporet at dersom det foreligger skjønn i form av vage ord, uttrykk og faglige vurderinger i lovteksten, så innebærer dette et fortolkningsprinsipp om at forvaltningen har fritt skjønn som domstolene er avskåret fra å overprøve.

Førstvoterende Backer uttalte til dette i forhold til prøvingsadgangen: *”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må*

⁷¹ Lov om naturvern

⁷² Se bl. annet Graver (2015). s. 246 og Boe (2007). s. 73-74

⁷³ Rt. 1995 s. 1427 på side 1430

de særskilt begrunnes. I det foreliggende tilfelle måtte begrunnelsen i tilfelle søkes i de skjønnsmessige formuleringer i naturvernloven § 8.

Jeg kan imidlertid ikke se at disse formuleringer er slik at de i seg selv skulle indikere at det her ikke skal være domstolsprøvelse av den konkrete rettsanvendelse.”⁷⁴

Backer tar her utgangspunkt i at det gjelder en overprøvelsesrett så lenge det ikke uttrykkelig framgår i den aktuelle lovbestemmelse.

Annenvoterende Tjomsland hadde derimot et annet syn på domstolens prøvelsesrett i den aktuelle saken. Han tok utgangspunkt i ordlyden i loven og begrepene ”spesiell naturtype” og ”skiller seg ut ved sin egenart”. Han var enig i førstvoterendes forståelse av disse begrepene, men var uenig i prøvelsesretten disse begrepene ga hjemmel til. Han henviste til at begrepene var av utpreget naturfaglig karakter og at slike vurderinger er domstolene avskåret fra å overprøve. Han repliserte til det Backer hadde ment og sa følgende; *”Jeg ser imidlertid annerledes på spørsmålet om domstolenes prøvningsadgang i denne saken. Spørsmålet om domstolene kan overprøve forvaltningens konkrete lovanvendelse beror på en tolkning av den aktuelle lovbestemmelse.”⁷⁵* Han var her på linje med statens syn angående prøvingsretten. Annenvoterende mente ordlyden var utgangspunktet og at dette måtte være avgjørende om prøvelsesretten kunne finne sted.

Tredjevoterende i saken, dommer Aarbakke (med tilslutning fra fjerde og femtevoterende) var derimot enig i annenvoterendes syn i angående tilnærmingen til prøvelsesretten, nemlig en ordlydsfortolkning av hjemmelsbestemmelsen. Han fant imidlertid ikke å kunne si seg enig med tolkningen av § 8 som annenvoterende hadde kommet fram til. Tredjevoterende mente derimot at ordlyden talte for en prøvelsesrett av de lovbestemte vilkår som måtte være oppfylt for å fatte et vedtak om fredning. Han så det ikke slik annenvoterende hadde gjort at bestemmelsen bare anga retningslinjer for forvaltningens skjønn, men lovbestemte vilkår som måtte være gjenstand for prøvingsrett så fremt det ikke fantes sikre grunner for noe annet.

Fjerde og femtevoterende støttet seg til tredjevoterendes syn og med førstvoterendes begrunnelse, men med annenvoterendes tilnærming til prøvingsretten. Det Aarbakke med dette gjorde, med tilslutning fra de andre to dommerne, var å prinsippfeste domstolskontroll med forvaltningens subsumsjon som et utgangspunkt, og at unntak fra denne regelen må

⁷⁴ Rt. 1995 s. 1427 på side 1433

⁷⁵ Ibid. på side 1435

framgå av loven. Likevel er det tydelig at det som førte til at Høyesterett falt ned på at ordlyden ga hjemmel for overprøving, var fredningsvedtakets tyngende innhold overfor saksøkerne.

Høyesterett uttalte vedrørende dette punktet at: ”[D]et sier seg selv at når man ikke er sikker på å få sitt tap erstattet, er det av særlig viktighet for den enkelte som rammes av et fredningsvedtak, at det kan føres vanlig domstolskontroll med at forvaltningen holder seg innenfor lovens ramme.”⁷⁶

Spørsmålet er om det i denne dommen spores endringer i Høyesteretts syn på egen kompetanse og dermed mulighet til en økt domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser, eller sagt med andre ord, en styrkning i prøvingsintensiteten?

Først og fremst stadfester dommen rettens prøvingsrett av forvaltningens subsumsjon. Dette er kanskje ikke oppsiktsvekkende i seg selv da dette hadde vært det førende synet siden Forvaltningsutvalget avga sin innstilling i 1958. Men prøvingsretten hadde ifølge Boe blitt trukket noe i tvil midt på 1990-tallet.⁷⁷ Et eksempel på dette kan derfor være utvisningsdommen fra 1995 som blir omtalt nedenfor.

Det som kan slutes av dommen, er at når inngrepet overfor den enkelte er tyngende og belastende, så vil domstolen tolke hjemmelsgrunnlaget med nettopp det for øye og vektlegge rettssikkerhetsprinsippet i sin vurdering. Graver støtter en slik slutning, og drar frem vedtakets tyngende karakter som det viktige momentet Høyesterett la særlig vekt på.⁷⁸ Nisja og Reusch sier om dommer Backers votum at denne neppe kan tas til inntekt for et syn som innebærer et prinsipp om full prøving av subsumsjonen dersom det ikke påvises et grunnlag for å unndra forholdet for full prøving. De mener at det i omtaler av dommen er lagt for liten vekt på at dommen gjaldt ”*inngrep overfor den enkelte*” og når så er tilfelle så vil domstolen sette rettssikkerhetshensynet høyt.⁷⁹ De er derfor med andre ord, ikke ubetinget enige i at det er en presumsjon for direkte prøving av subsumsjonen av forvaltningsvedtak. Jeg tolker denne

⁷⁶ Ibid. på side 1433

⁷⁷ Boe (2007) JV s. 67

⁷⁸ Graver (2015) s. 247

⁷⁹ Nisja / Reusch (2009) s. 258

uttalelsen dit at Nisja og Rausch ikke enige at det finnes en ulovfestet regel om en ubetinget domstolskontroll, men snarere at dette avhenger av ordlyd og sakens karakter for øvrig og særlig når inngrepet blir tyngende.

Man kan etter dette hevde at Forvaltningskomiteens innstilling fra 1958 fortsatt gir en riktig beskrivelse av domstolens prøving av subsumsjonen, og at prøvingsintensiteten dermed beror på en alminnelig tolkning av loven ved juridisk metode.⁸⁰ Det som det dermed må være holdepunkt for å slutte fra naturfredningsdommen, er at skjønnsmessige ord og uttrykk som et utgangspunkt, er underlagt domstolens prøving og vil dermed ha indirekte betydning for subsumsjonskontrollen og derigjennom hvor intenst domstolen anser at den kan prøve forvaltningens subsumsjon. Hensiktsmessighetsvurderingen (så kan-skjønnnet) til forvaltningens vedtak står som tidligere fast, og er noe som domstolen ikke kan overprøve.

Det går ikke fram av dommen om domstolens prøvingskompetanse må bli avskåret om ordlyden klart skulle tilsi noe annet. I dommens premisser vises det isteden bare til at spørsmålet ikke er behandlet i lovens forarbeider.⁸¹ Høyesterett legger seg med andre ord på en ren ordlydsfortolkning for å bedømme om domstolen er avskåret fra kontroll og at det dermed er unntaket fra prøvingsretten som må særskilt begrunnes.

Eckhoff/Smith sier også at det er hjemmelsbestemmelsens ordlyd som er utgangspunktet i standpunkttagning til slike spørsmål, og at forarbeider, reelle hensyn med mer må komme inn som andre tolkningsfaktorer.⁸² Prøvingen av om forvaltningen ønsket å benytte seg av fredningsvedtaket i ovenfornevnte sak eller ikke, var altså derimot ikke innenfor domstolens kompetanse da dette er en klar hensiktsmessighetsvurdering.

Rettstilstanden etter denne dommen må sies å være at domstolen vil, etter at den selv har tolket ordlyden og funnet at den ikke klart avskjærer en prøving av subsumsjonen, prøve forvaltningens subsumsjon.

⁸⁰ Forvaltningskomiteens innstilling (1958) s. 374-375

⁸¹ Rt. 1995 s.1427 på side 1436

⁸² Eckhoff / Smith (2010) s. 394

En avgjørelse hvor retten kom til at domstolene ikke kunne overprøve forvaltningens subsumsjon er **Rt. 1995 s. 72** (utvisningsdom nr. 1).⁸³ Domstolen kom her til at den ikke kunne overprøve subsumsjonen i det vedtaket som var gjort og den avviker i så måte fra naturfredningsdommen. Dommen dreide seg om et utvisningsvedtak fattet av departementet overfor en utlending som var dømt for mishandling og voldtekt overfor sin datter. Retten kom i saken til at den ikke var kompetent til å overprøve forvaltningens avgjørelse i saken. Spørsmålet som da er interessant å undersøke er hva som er grunnen til av forvaltningens subsumsjon i denne dommen ikke kunne prøves mens den tidligere omtalte dommen (Naturfredningsdommen) var undergitt full subsumsjonskontroll. Hensikten med å stille disse sakene opp mot hverandre blir da å kunne harmonisere dommene og kunne trekke slutninger fra Høyesteretts behandling av disse to sakene.

Et av vurderingstemaene i saken var tolkningen av den nå opphevede utlendingsloven⁸⁴ og ord og uttrykk § 30 hvor det i tredje led het: *”Utvvisning etter annet ledd bokstav b eller c besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.”* Utrykket som var sentralt i dommen var *“uforholdsmessig tiltak”* og spørsmålet var om dette satte grenser for domstolsprøvingen. Igjen ser vi her klare eksempler på vage og skjønnspregede ord og uttrykk.

Men det som kan sies å være forskjellen i forhold til ovenstående dom er at kriteriene som var til vurdering i naturfredningsdommen bærer mer preg av å være av såkalte empiriske fenomener som domstolen har en mulighet til å sette en absolutt yttergrense (meningsinnhold) for, mens sistnevnte dom har vurderingsnormer som er mer rene vurderingsnormer. Om man sammenligner uttrykkene *“uforholdsmessig tiltak”* og *“spesiell naturtype”* fra de to dommene, er det lett å se at det førstnevnte uttrykket gir mindre faste holdepunkter enn det sistnevnte. Dette er momenter som åpenbart vil ha betydning når Høyesterett skal ta stilling til om det foreligger kompetanse for en prøving av subsumsjonen, jevnfør også Swingball-dommen.

Jeg nevner allerede nå at førstevoterende Backer uttalte at denne vage og skjønnspregede ordbruken ikke i seg selv var avgjørende for at prøvelsesretten var avskåret. Førstvoterende, som forøvrig var den samme som i ovennevnte sak, uttalte om skjønnnet: *“Slik saken ligger an,*

⁸³ Rt. 1995 s. 72

⁸⁴ Utlendingsloven (opphevet)

finner jeg det imidlertid riktig å ta standpunkt til om den konkrete vurdering etter utlendingsloven § 30 tredje ledd hører til forvaltningens frie skjønn.”⁸⁵ Han uttalte videre om sitt syn på ordlydens betydning for spørsmålet om prøving; ”Lovens formulering er riktignok så vag og skjønnsmessig at den i seg selv er et argument mot at domstolene har full prøvelsesrett, men noe avgjørende argument mot en slik prøvelsesrett er formuleringen ikke.”⁸⁶

Man kan ut fra uttalelsen til førstvoterende ikke se at han egentlig avviker fra prinsippet fra den ovennevnte dommen om at det er prinsippet om full prøvelsesrett av subsumsjonen som er utgangspunktet. Men ordlyden i bestemmelsen blir også her tungtveiende for om prøvingen av subsumsjonen skal gjøres. Han tolker deretter loven og ser på lovens formål og hva man kan tolke fra lovens forarbeider/historie. Førstvoterende benytter i så henseende alminnelig juridisk metode for å finne en særlig begrunnelse som kan avskjære domstolskontrollen i lovens forarbeider mm.

I de forarbeidene som lå til grunn for utlendingsloven var det et forslag fra instillingsutvalget at det skulle være adgang til direkte prøving av sakene og at domstolen skulle prøve alle sider av saken, også det skjønnsmessige, jf. ordlyden; ”*Retten skal prøve alle sider av saken, også det skjønnsmessig[e]*.”⁸⁷

Dommerforeningen uttalte i høringen til innstillingen, at domstolen ved et slikt system for klagebehandling vil i realiteten bli overprøvd av forvaltningen.⁸⁸ Justisdepartementet hadde de samme synspunkter som dommerforeningen, og vedtok ikke flertallets innstilling på dette punktet. Førstvoterende går i dommen inngående inn denne innstillingen og trekker fram de synspunkter som kom fram i lovbehandlingen. Han uttaler bl. annet om dette: ”*Selv om det som er referert fra utlendingslovens forarbeider ikke direkte går på § 30 tredje ledd, er det vanskelig ved tolkingen ikke å legge vesentlig vekt på de synspunkter vedrørende spørsmålet om domstolskontroll med full prøvelsesrett som kom frem under lovbehandlingen.*”⁸⁹

⁸⁵ Rt. 1995 s. 72 på side 77

⁸⁶ Ibid. på side 77

⁸⁷ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 147

⁸⁸ Ibid. s. 150

⁸⁹ Rt. 1995 s. 72 på side 79

Førstvoterende sier som nevnt ikke noe uttrykkelig klart om domstolens prinsipielle prøvingsadgang i denne dommen, men han uttaler likevel at lovens vage formuleringer ikke er et avgjørende argument mot en prøving av subsumsjonen. Han går som allerede nevnt inn i lovens historie og trekker sine konklusjoner angående prøvingsretten ut fra lovbehandlingen i utredningen. Han slutter ut fra en samlet avveining av ulike rettskilder at en full prøvelsesrett for domstolen i denne saken ville være lite forenelig med de synspunkter som kom fram under lovbehandlingen.

Med førstvoterendes uttalelse om at vage ord og uttrykk ikke er avgjørende for å unnlate prøving, kan det ikke være tvilsomt at en begrensing i prøvelsesretten av subsumsjonen må være unntaket fra hovedregelen. Men det er likevel klart at førstvoterende her mener at vage ord og uttrykk sammenholdt med andre grunner, i dette tilfellet forarbeidene, gir grunnlag for å overlate subsumsjonen til forvaltningen.

Boe sier i en artikkel fra 2007 i Jussens Venner ”hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?” hvor han tar for seg dommen, at han var i tvil om at det tradisjonelle utgangspunktet for domstolskontroll fortsatt var gyldig etter denne dommen.⁹⁰ Sagt med andre ord, om Høyesterett med denne dommen trakk opp et mer restriktivt syn på domstolskontrollen med forvaltningens subsumsjon. Han viser til at Høyesteretts bruk av lovforarbeidene skjedde uten at den skilte klart mellom full hjemmelskontroll og full kontroll med ”kan-skjønn” og at retten i stedet fant at kontroll med betingelsene for utvisning ville bety at man, som nevnt ovenfor, etablerte en ordning som lovgiver hadde tatt avstand fra. Det er ut fra domsgrunnene ikke mulig å se at domstolen dermed mener at det må kreves klarhet fra ordlyden i lovbestemmelsen for at kontrollen skal kunne hjemles. Den sier jo også selv at forarbeidene er tause om dette temaet.

Boe er av den oppfatning at lovens ordlyd i dette tilfellet ikke var så vag og uklar som Høyesterett mente. Boe mener at det må ”spesielt” vage ord og uttrykk til for at domstolen må fraholde seg overprøving med subsumsjonen. Han viser her til ord som ”*når gode grunner taler for det*” og ”*når allmenne hensy[n]*” vil være ord som vil tale for å overlate skjønn til forvaltningen.

⁹⁰ Boe (2007) JV s. 73-74

Boe er videre av den oppfatning at den daværende loven ikke oppstilte særlig fagtekniske eller poliske ladete ord men snarere etiske, menneskelige og rettssikkerhetsmessige vurderinger som han mener domstolen er mer enn kompetente til å vurdere. Videre påpeker han at forholdsmessighetsvurderinger, av slik art som var til vurdering i saken, burde være innenfor domstolens kompetanseområde, særlig når momentene som står til vurdering er nevnt i loven. Boe synes særlig det siste fremstår som litt underlig all den tid domstolen samtidig vurderte, og tok stilling til, EMK artikkel 6 og 8. Om man går inn på ordlyden i f.eks. EMK art. 8 hvor det heter at ”[e]r nødvendig i et demokratisk samfun[n]” så ser man likheter i vurderingstemaet. Sammenstillingen av uttrykkene ”nødvendig” og ”uforholdsmessig” gir føringer for at disse ligger innenfor den samme kategorien vurderinger og det er ikke lett å se hvorfor domstolen ikke velger å prøve den hjemlige lov mens den anser seg kompetent til å ta stilling til vurderingstemaet i EMK.

Dommene sett under ett, og på bakgrunn av det som allerede er nevnt at det før naturfredningsdommen, stadig ble sådd tvil om det kunne hevdes at det forelå en presumsjon for å prøve forvaltningens rettsanvendelse, så er det grunn til å se på Rt. 1995 s. 1427 som den dommen som endelig knesetter domstolens kompetanse til også å prøve rettsanvendelsen selv om loven har vage og uklare uttrykk, jevnfør uttalelsen til førstvoterende på side 1433.

I den førstnevnte utvisningsdommen avstod Høyesterett fra å overprøve de skjønnsmessige vurderingstemaer og viste til at dette var unntatt prøving for domstolen. Riktignok kom ”Naturfredningsdommen” inn i etterkant og hvor resultatet ble annerledes, men lovbestemmelsen var en annen. Men i utvisningsdom nr. 2 var samme lovhjemmel oppe til vurdering og dermed er det interessant å se på Høyesteretts vurderinger vedrørende subsumsjonskontrollen satt opp mot de ovenfornevnte dommene.

Rt. 1998 s. 1795 (utvisningsdom nr. 2).⁹¹ Saken dreide seg om en utvisning av en utlending med hjemmel i utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd.⁹² Her var vurderingstemaet det samme som i førstnevnte utvisningsdom.

Høyesterett gikk i denne dommen bort fra sitt syn på prøvingsretten og forholdsmessighetsvurdering den hadde foretatt i den første utvisningsdommen ved å henvise

⁹¹ Rt. 1998 s. 1795

⁹² Utlendingsloven (opphevet)

til tidligere praksis. Førstvoterende Skoghøy uttalte om synspunktene på den prøvingsvilje som hadde kommet fram i den første utvisningsdommen: ”I Rt-1995-72 er det uttalt at det konkrete skjønn ved anvendelsen av § 30 tredje ledd tilligger departementet, og ikke kan overprøves av domstolene i større utstrekning enn andre vedtak som hører under forvaltningens frie skjønn. Etter min oppfatning må imidlertid denne uttalelsen anses modifisert gjennom senere praksis. I flere senere avgjørelser har Høyesterett forutsatt at den forholdsmessighetsvurdering som § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd gir anvisning på, er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan overprøve.”⁹³

Det som Skoghøy også påpekte og vektla i forhold til prøvingsretten, i tillegg til tidligere rettspraksis, var forholdet til EMK art 8. Han utdypet kompetansen for overprøving med at Høyesterett uansett var nødt til å foreta en vurdering i forhold til menneskerettighetene og at staten i denne vurderingen hadde en vid skjønnsmargin. Deretter begrunnes prøvingsadgangen med at det er det samme skjønnstema som skal vurderes i forhold til EMK art. 8, som etter §§ 29 og 30.

Skoghøy uttaler om vurderingstemaet i §§ 29 og 30 at det er et rettsanvendelsesskjønn som domstolen kan prøve. Førstvoterende (enstemmig) uttalte derfor: ”Den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter disse bestemmelsene, er av typisk rettslig karakter”⁹⁴ Han fant ikke grunner i tolkningen som talte imot overprøving av subsumsjonen.

Høyesterett er i dommen klar på at utvisningsvedtaket ikke kan prøves fullt ut men bare den forholdsmessighetsvurderingen som loven gir anvisning på, altså subsumsjonen. Dersom utvisningsvedtaket ikke er et uforholdsmessig tiltak så vil det være opp til forvaltningen å benytte seg av dette, altså kan-skjønnet. Høyesterett uttaler om dette: ”Den konkrete vurdering av hvorvidt utlendingen i tilfeller hvor utvisningen ikke fremstår som et uforholdsmessig tiltak, skal utvises, må høre under forvaltningens frie skjønn.”⁹⁵

I Rt. 2000 s. 591 (utvisningsdom nr. 3), fulgte Høyesterett opp de tidligere dommene og ga klart uttrykk for at forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven, som hadde vært tema i

⁹³ Rt. 1998 s. 1795 på side 1803

⁹⁴ Ibid. på side 1803

⁹⁵ Ibid. på side 1803

de to første dommene, var av rettslig karakter og at domstolen dermed kunne prøve betydningen av uttrykket og dermed subsumsjonen.⁹⁶

I sistnevnte dom uttaler førstvoterende Rieber-Mohn dette om synet på prøvingen av subsumsjonen: *”Fra statens side er det anført at domstolene må vise tilbakeholdenhet ved overprøving av forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter § 30 tredje ledd - at det må gjelde et tilsvarende spillerom for forvaltningens skjønn her som den skjønnsmargin som etter EMK tilstår statene. Jeg ser det ikke slik. Verken lovens ord eller forarbeidene gir holdepunkter for en slik begrensning i prøvelsesadgangen, og jeg kan heller ikke se at den kan begrunnes i andre forhold. Det dreier seg som nevnt om vurderinger av **typisk rettslig karakter**⁹⁷ i forbindelse med vedtak som innebærer meget tyngende inngrep overfor utlendingen og hans familie.”*⁹⁸

Noe påfallende er det at staten nok en gang anfører at domstolen må være tilbakeholden med prøvingen av forholdsmessigheten etter at rettstilstanden så uttrykkelig gjennom flere rettsavgjørelser ble konstatert, men dette lar jeg stå åpent.

Utvisningsdommene som her er omtalt gjelder forholdsmessighetsvurderingen i utendingsloven og skiller seg på den måten fra naturfredningsdommen i det konkrete vurderingstema. Utvisningsdommene kunne således ha vært behandlet sammen hvor forholdsmessighetsvurderingen i disse var analysert. Jeg har derimot valgt å ta med også naturfredningsdommen i sammenholdelsen, da min analyse i dommene går på å avdekke hvor grensen for domstolens kontroll med subsumsjonen går og har analysert dommene ut fra det perspektivet.

Det at uttrykkene i loven inneholder rettslige og objektive størrelser eller rene vurderingstemaer tyder altså på at dette har en betydning når domstolen vurderer om den kan prøve subsumsjonen. Innjord sier at det gjennom rettspraksis har vist seg å ha betydning da de fleste dommer hvor Høyesterett har ansett seg kompetent til å prøve subsumsjonen har

⁹⁶ Rt. 2000 s. 591

⁹⁷ Min utheving

⁹⁸ Rt. 2000 s. 591 på side 596

vært med ord i loven som er objektivt (rettslig) avgrensede uttrykk, og som lettere lar seg bedømme med en absolutt yttergrense.⁹⁹

Både ordenes hjemmehørighet, dvs. om de lar seg avgrense, som allerede nevnt ovenfor, og en tolkning av disse vil ha stor betydning i vurderingen av domstolens prøvelsesadgang. Grensen er ikke skarp men det vil ikke være særlig krevende å skille for eksempel uttrykket ”villamessig bebygget” og ”almene hensyn”. I det sistnevnte kan det ligge ikke ubetydelige politiske føringer osv., som kan være vanskelige å bedømme for domstolen og som heller ikke skal være dennes oppgave. Derimot om et område er ”villamessig bebygget” er det lettere å forstå og begrepet er mer åpent for en innfortolkning av en grense i sin ordlyd. Domstolen kan således lettere bedømme semantikken og kan lettere anse seg kompetent til å skjønne over dette. Begrepet ”villamessig bebygget” brukes så å si i daglig tale og om det er 15 villaer i området vil dette kunne tilsi at det er villamessig bebygget og kontrafaktisk om det er 15 mer eller mindre skrøpelige bygninger med et par-tre villaer så kan man si at det nok ikke er villamessig bebygget.

Men stillingtaken til subsumsjonsbedømmelsen må selvsagt gjøres fra sak til sak. Særlig vil da hensynet til enkeltindivider her spille inn, jf. uttalelsen i Rt. 1995 på side 1433 (Naturfrednings-dommen) som klart nevner ”inngrep overfor den enkelte”. Nisja og Reusch anfører til dette at de mener det er lagt for liten vekt på rettssikkerhetshensynet i lyset av Naturfrednings-dommen.¹⁰⁰ De mener at dommen ikke kan tas til inntekt for at subsumsjonen kan prøves direkte og at det må klart fremgå av rettsgrunnlaget dersom dette ikke skal gjelde. De er av den oppfatning med hensyn til naturfredningsdommen at når det gjelder årsakene til at domstolen prøver subsumsjonen i saken er det lett å overse at Høyesterett klart uttaler at forholdet gjaldt ”inngrep overfor den enkelte”, og at det gjennom analyse av rettspraksis ikke er tvilsomt at Høyesterett lettere overprøver saker som griper inn i enkeltindividers rettigheter enn om det gjelder f.eks. tillatelser fra det offentlige. Synet til forfatterne er altså at dommen bare i begrenset grad har betydning dersom forholdet ikke berører ”inngrep overfor den enkelte”.

Boe støtter ikke et slikt syn på en begrensning av betydningen av naturfredningsdommen og utvisningsdommene. Han mener dommene i fellesskap viser en klart mer restriktiv linje fra

⁹⁹ Innjord (1996) s. 182

¹⁰⁰ Nisja / Reusch (2009) s. 258

domstolens side i forhold til forvaltningens subsumsjon og at spørsmålet heller er hvor mye som skal til for å begrense domstolens prøving.

Rt. 2004 s. 1092. ¹⁰¹ Dommen gjaldt fredning av en del av et reinbeitedistrikt fra beiting etter den nå opphevede reindriftsloven av 1978. ¹⁰² Et skjønnsmessig ord i loven ”*når særlige hensyn tilsier dette*” ble tema i dommen. ¹⁰³ I dommen trakk domstolen inn prinsippet om tilbakeholdenhet som den hadde nevnt i bl.annet i Rt 1995 s. 1427. Den uttalte i forbindelse med prøvingen av subsumsjonen: ”*I utgangspunktet vil den nærmere vurderingen av om «særlige hensyn» foreligger, være et skjønn som domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve, jf. blant annet Rt-1995-1427.*” ¹⁰⁴ Høyesterett viser her til nevnte dom og anser seg dermed kompetent og på linje med den prinsipielle uttalelser der, men i angjeldende dom valgte domstolen nå å vise tilbakeholdenhet med prøving av subsumsjonen.

Det som er påtagelig også i denne dommen, sammenholdt med naturfredningsdommen, er at skjønnstemaet domstolen vurderer er vagt og ikke særlig opplysende i utgangspunktet. Selv om loven oppstiller ord i loven som i dette tilfellet og som er så vidt uklare så anser altså domstolen seg kompetent til å prøve dette. Slik sett faller dommen inn på linjen med nevnte dom men også utvisningsdommene.

Spørsmålet er om dommen kan være nok en henvisning på at domstolene øker sin prøvingsintensitet uavhengig av vurderingstema, men særlig også i forhold til hjemler der lovtekst er vage og skjønnspregede. Man kan ikke ta denne dommen til inntekt for en økt tilbakeholdenhet i domstolens syn på kompetansen den anser den har i forhold til prøving. Dog inneholder dommen syn på at domstolen ved så vidt skjønnspregede tema bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve subsumsjonen. Domstolen anså seg selv ikke bedre stilt enn forvaltningen til å vurdere det konkrete forhold og den valgte altså å stå tilbake for overprøving.

At domstolen som i denne dommen er tilbakeholden fra å overprøve subsumsjonen, men likevel anser seg kompetent, viser at prøvingsintensiteten er avhengig av svært mange faktorer

¹⁰¹ Rt. 2004 s. 1092

¹⁰² Reindriftsloven (opphevet)

¹⁰³ Ibid. § 11

¹⁰⁴ Rt. 2004 s. 1092 avs. 70

og kriterier. Dette innebærer at grensene for når domstolen anser seg kompetent og prøver skjønnet og når den på den annen side anser seg kompetent men velger å være tilbakeholden med prøvingen, er svært komplekse og man kan velge å si uklare. Innjord sier at når domstolen velger å være tilbakeholden så beror dette ikke på en tolkning av loven, men mer en ”*pragmatisk tilpassning av prøvelsesintensiteten fra domstolenes side*”.¹⁰⁵ Men han tillegger at det ikke er noen skarpt skille mellom pragmatisme og tolkningen og nevner at de samme argumenter som blir brukt som begrunnelse for å tolke loven dithen at det framstår som et forvaltningsskjønn vil bli brukt for å tolke at domstolen bør være tilbakeholden.

Boe er også inne på at skillet mellom de situasjoner hvor domstolen velger å prøve subsumsjonen og andre ganger velger å vise tilbakeholdenhet viser at prøvingen er relativ ut fra de ulike kriterier som ligger til grunn for avgjørelsen.¹⁰⁶ Å derfor dra slutninger av dommer der domstolen er tilbakeholden er derfor ikke enkelt da det vil være svært forskjellige kriterier som ligger til grunn og som er vanskelig å kategorisere. Men klart er det at en tilbakeståelse ikke er å si seg inkompetent.

I **Rt. 2005 s. 229** var temaet igjen utvisning av en utlending.¹⁰⁷ Spørsmålet i saken var også denne gangen etter utlendingsloven § 29 og gjaldt spørsmål om forholdsmessighet.¹⁰⁸ I avsnitt 34 uttaler førstvoterende med henvisning til Rt. 2000 s. 591 at domstolen må ha full prøvelsesrett også i angjeldende sak. Førstvoterende uttalte vedrørende § 29; ”[a]t bestemmelsen gir anvisning på et rettsanvendelsesskjønn, og at domstolene har full prøvelsesrett. Det samme må gjelde for vurderingen etter § 29 annet ledd.”

Førstvoterende går deretter inn og drøfter svært grundig de familiære forhold i saken (avsnitt 42-55) og vurderer om det vil være uforholdsmessig å utvise familiefaren til tre barn. Hun faller til slutt ned på at utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak.

Høyesterett anser prøvelsesretten i forhold til subsumsjonen som lik de andre sakene, men det som er spesielt er at domstolen så grundig drøfter den familiære situasjonen rundt siktede. Dette gjør den uten å drøfte prøvelsesretten utover det at den først slår fast, enstemmig, at dette er utgangspunktet tidlig i dommen. Dette fra forskjell til Rt. 2000 s. 591 der dommer

¹⁰⁵ Innjord (1996) s. 175

¹⁰⁶ Boe (2007) JV s. 82

¹⁰⁷ Rt. 2005 s. 229

¹⁰⁸ Utlendingsloven (opphevet)

Bugge ikke var enig i prøvingen av subsumsjonen og mente domstolen burde vise tilbakeholdenhet.¹⁰⁹ Bugge henviser bl. annet til at sterke reelle hensyn taler for at domstolene bør respektere statens skjønnsmargin i spørsmålet om det foreligger et uforholdsmessig tiltak. Saken er lik de andre tre utvisningsdommene men forskjellen ligger hovedsakelig i at Høyesterett som nevnt, grundig og inngående drøfter forholdene rundt familien og deres situasjon.

Også i **Rt. 2005 s. 238**, dreide saken seg om utvisning av utlending.¹¹⁰ Bestemmelsen var utlendingsloven § 29 annet ledd der temaet var om tiltaket (utsendelse) var å anse som ”uforholdsmessig”.¹¹¹ I spørsmålet om prøvingen av subsumsjonen fant førstvoterende, med tilslutning fra de fire andre dommerne, at prøvingen av det konkrete forholdet under loven var et rettsanvendelsesskjønn. Også i denne dommen går Høyesterett ganske grundig gjennom fakta i saken og veier flere forhold mot hverandre for å finne den løsningen som harmonerer best med loven. Selv om dommen endte med dissens med hensyn til utfallet, var det som nevnt ingen tvil om prøvingskompetansen i forhold til subsumsjonen.

Ut fra de sistnevnte to dommer og i forhold til de andre som til nå er nevnt, så tyder det på at Høyesterett går grundigere inn i sakene og tar for seg de enkelte vurderingsfaktorer mer omfattende enn i de tidligere dommer.

I **Rt. 2009 s. 546** som også gjaldt utvisning av utlending etter den nå opphevende utlendingsloven så var Høyesterett klar på at den var kompetent til å prøve subsumsjonen.¹¹² I avsnitt 26 uttaler således førstvoterende: ”Spørsmålet i saken er om forholdsmessighetsvurderingen i bestemmelsens annet ledd fører til at Utlendingsnemndas vedtak kjennes ugyldig. Domstolene har full kompetanse til å prøve denne vurderingen, jf. Rt-2005-238.” Uttalelsen er bastant og levner ingen tvil om prøvingsadgangen med hensyn til denne. Spørsmålet er om dette er en generell tendens i prøvingen av subsumsjonen, eller om det kun kan sies å ha betydning for bedømmelsen av en bestemt del av situasjonsbetingelsene som forholdsmessigheten i disse tilfellene var. Eckhoff/Smith skriver i sitt verk ”Forvaltningsrett” at denne dommen sammenholdt med de to ovenfornevnte dommene fra

¹⁰⁹ Rt. 2000s. 591 på side 602-603

¹¹⁰ Rt. 2005 s. 238

¹¹¹ Utlendingsloven (opphevet)

¹¹² Rt. 2009 s. 546

2005, viser og forsterker inntrykket av at prøvingen er blitt mer uforbeholden når det gjelder forholdsmessigheten.¹¹³ Han nevner ikke andre påviselige endringer i domstolens prøvingskompetanse. Graver mener at utvisningsdommene er så spesielle at det er tvilsomt om det går å trekke generelle slutninger om hvor langt (intenst) domstolen skal og bør gå i en prøving av forvaltningsskjønnet.¹¹⁴

De vedtaksorganer som ble overprøvd i utvisningsdommene kan sies å ha stor fagkunnskap om forholdene i de angjeldende saker. Men dette har altså ikke hindret domstolen i å overprøve vedtakene og prøve subsumsjonen etter eget skjønn. I andre forhold der hvor vedtaksorganet kan sies å ha et klart fagskjønn og ord og uttrykk i hjemmelsgrunnlaget klart peker i retning av et forvaltningsskjønn, så kan spørsmålet stille seg annerledes. Men selv ikke her er tendensen klar fordi andre faktorer så som blant annet kontradiksjonprinsippet som kan spille en betydelig rolle i hvor langt domstolen kan gå i prøvingen.

Et eksempel på en dom som kan sies å gå langt i prøvingen og således videreføre både utvisningsdommene og naturfredningsdommen med hensyn til prøvingsvilje og intensitet er **Rt. 2005 s. 117**.¹¹⁵ Dommen gjaldt en kjøper av tre skip som etter loven var pålagt avgift ved utførsel. Kjøper hadde via sin advokat fått opplysning om at skipene var frie for heftelser og stolte på dette. Han foretok derfor ikke en henvendelse til avgiftsmyndighetene. Tollvesenet mente dette skyldes mannens uaktsomhet i forhold til lovens § 37 hvor det het: ”[K]ravet kan *frafalles* når det etter tollvesenets skjønn ikke er å legge vedkommende til last.”¹¹⁶

Ordlyden gir klare føringer på at subsumsjonen er overlatt til forvaltningen og dermed er domstolskontrollen med subsumsjonen i utgangspunktet avskåret. Også forarbeidene pekte klart i retning av at vurderingstemaet i saken var utenfor rekkevidde for domstolen. Høyesterett uttalte at: ”*Lovens ordlyd - «etter tollvesenets skjønn» - taler for at skjønnnet ikke kan overprøves. Dette kan også synes å ha støtte i forarbeidene.*” Høyesterett tok utgangspunkt i lovtekst og forarbeider og var også inne på lovens motiver og pekte på at disse til sammen ga anvisning på at subsumsjonen var overlatt til forvaltningen.

¹¹³ Eckhoff / Smith (2010) s. 404

¹¹⁴ Graver (2015) s. 248

¹¹⁵ Rt. 2005 s. 117

¹¹⁶ Tolloven (opphevet)

Deretter kommer Høyesterett inn på spørsmålet om rettsikkerhetshensynet i slike lovtekster som i utgangspunktet utelukker overprøving av skjønnet. Førstvoterende uttalte følgende: *”En regel hvor avgjørelsen av vareeierens aktsomhet er unntatt fra domstolenes prøvingsrett, reiser imidlertid grunnleggende rettsikkerhetsspørsmål. Og da dette rettsikkerhetsaspektet ikke er nærmere drøftet i forarbeidene, reduseres vekten av lovens ordlyd og forarbeidene. Den manglende drøftelsen gir grunn til å tvile på om det var lovgiverens overveide standpunkt at bestemmelsen skulle ha det innholdet som lovens ordlyd og forarbeidene umiddelbart kunne tyde på.”* Han fortsatte; *”Jeg viser til at det aktuelle kriteriet - «til last» - er velegnet for overprøving. Aktsomhetsvurderinger må domstolene foreta på en rekke livsområder, og vurderingen etter tolloven § 37 står ikke i noen særstilling. Skjønnet krever ingen tollfaglig kompetanse, slik at det av den grunn kunne være spørsmål om å unnta det fra domstolenes prøvingsrett.”*¹¹⁷

Førstvoterende la tydelig vekt på rettsikkerhetsmomentet i avgjørelsen av om domstolen måtte anses avskåret fra prøving og han var av den oppfatning at det etter hans mening ville være uakseptabelt dersom kreditor for kravet, som kunne utgjøre store beløp, skulle avgjøre spørsmålet med endelig virkning. Han mente dette ville være dårlig i samsvar med rettsikkerhetshensynet og domstolens prøvingsrett.”¹¹⁸ Graver sier i sin bok ”Alminnelig forvaltningsrett” at retten med denne uttalelsen hentyder til viktige sider ved kontradiksjonsprinsippet: ”equality of arms” og tilgang til domstolene. Han mener at domstolen i dette tilfellet sto overfor en bestemmelse som var i dårlig samsvar med de rettsikkerhetsprinsipper og den rettsoppfatning som gjaldt domstolens prøvingsrett. Graver mener derfor retten valgte å se bort fra ordlyd i lov og forarbeider, og han mener retten fant støtte i en slik fortolkning på grunn av at rettsikkerhetshensynet ikke var omtalt i forarbeidene.¹¹⁹

Førstvoterende uttalelser er en klar henvisning til at rettsikkerheten er en ikke ubetydelig faktor i vurderingen av om domstolen må anses kompetent til kontroll av subsumsjonen. Det Høyesterett i denne dommen gjør er det som de også gjorde ved behandlingen av naturfredningsdommen og utvisningsdommene, nemlig en tolking av lovens ordlyd som utgangspunkt. Imidlertid fant Høyesterett grunnlag for å sette lovens ordlyd tilside som

¹¹⁷ Rt. 2005 s. 117 avs. 49

¹¹⁸ Ibid. avs. 51

¹¹⁹ Graver (2015) s. 243-244

rettskilde i forhold til forarbeidene, og da særlig i forhold til forståelsen av rettsikkerhet og dermed også kontradiksjonshensynet etter en alminnelig bruk av juridisk metode. Det må også legges til at vedtaket i dommen har et ikke ubetydelig pønalt preg noe som Høyesterett tidligere har vurdert som særlig inngripende overfor enkeltindivider og dermed øker intensiteten på kontrollen.

Graver framfører at Høyesterett med denne dommen gir de ulovfestede reglene om domstolsprøving av forvaltningsskjønnet en betydning som i rang stiller seg over loven og at domstolen derved hevet seg over lovgiver ved å sette lovteksten så klart tilside. Han mener det nærmest kan være snakk om ulovfestede regler av såkalt semi-konstitusjonell rang. Dette innebærer altså at reglene har en rang mellom grunnlov og *vanlig* lov.¹²⁰

Jeg synes vurderingen til Graver ikke er helt uproblematisk å legge til grunn, da det ikke i domspremissene sies noe om dette fra Høyesterett sin side. Av og til er det ikke like lett å få øye på hva Høyesterett eksakt har lagt til grunn for sine avgjørelser, men det kan i denne dommen, synes jeg, vanskelig la seg gjøre å implementere det synet som Graver framfører. Jeg kan forstå Graver på den måten at dommen er noe kontroversiell i sin klare tilsidesettelse av ordlyden og at dette kan åpne for nye tolkningsmåter, men jeg er ikke enig i hans konklusjon. Jeg er derimot enig med Boe som i artikkelen ”hvem bestemmer- domstolene eller forvaltningen?” hvor han hevder at det Høyesterett her gjorde ikke var noe annet enn en lovtolkning og at den derigjennom fant argumenter som veide tyngre enn lovteksten og forarbeidene.¹²¹

Boe mener videre at dommen må tas til inntekt for rettsikkerhetshensynet i avgjørelser som medfører sterke inngripende vedtak uten domstolskontroll. Han viser også til at selv om dommen inneholder et tema som klart peker i retning av det organet som er tillagt kompetansen, og som i dette tilfellet var ”etter tollvesenets skjønn” og som peker i retning av et forvaltningsskjønn, så inneholder også lovteksten et tema som er lettere for domstolen å ta stilling til, nemlig ”vedkommende til last”.¹²² Det er lett å være enig med Boe i dette. Om det er noen grunn til å legge noen til last for ikke å ha utført et eller annet må da etter dette anses som et rettsspørsmål og dermed underlagt domstolskontroll. Det er lett å se at uttrykket ikke

¹²⁰ Ibid. s. 244

¹²¹ Boe (2007) JV s. 78

¹²² Ibid. s. 79

krever spesiell kompetanse og det er nærmest i daglig bruk. Slik sett er det ikke merkelig at domstolen sa seg kompetent til å overprøve forvaltningen i denne saken.

Ut fra det som er behandlet ovenfor så kan man slutte at prøvingen av subsumsjonen avhenger av flere faktorer men likevel slik at dersom loven ikke gjør det klart at domstolsprøvingen er innskrenket, så vil Høyesterett prøve subsumsjonen. Dette må sies å være det grunnleggende prinsipp i prøvingsintensiteten og at det skal klart og tydelig gå fram dersom dette ikke er meningen.

Det er to dommer/kjennelser som ikke synes å stemme med den utviklingen som kan påvises gjennom de ovenstående dommene jeg har behandlet. Jeg har valgt å behandle disse til slutt av ulike årsaker. For det første skiller de seg som sagt ut på den måten at de ikke ubetinget følger den utviklingen som kan påvises fra utvisningsdom nr. 1, og for det andre så er den siste rettsavgjørelsen en dom for sakens realitet eller subsumsjonsdom.¹²³

Den første dommen jeg skal behandle er **Rt. 2007 s. 257**, også kjent som Trallfa-dommen.¹²⁴ Dommen er en forholdsvis ny dom og den nyeste dommen i min behandling. Det har gått mye tid siden naturfredningsdommen og de fire utvisningsdommene, og den kan således være viktig for å kunne konkludere i forhold til en tendensutvikling.

Forholdet var at et firma, Trallfa Forus AS, eiet en tomt i Sandnes kommune. Tomten var regulert til bygninger, kontorer, administrasjon, servicevirksomhet og lettere industri. Trallfa søkte om oppføring av et stormarked for salg av sportsutstyr på denne tomten. Dermed måtte Trallfa søke om dispensasjon for oppføring av bygget etter den nå opphevede plan- og bygningsloven.¹²⁵ Kommunen vedtok byggesøknaden men Fylkesmannen overprøvde denne og satte vedtaket til kommunen tilside. Trallfa anla deretter søksmål mot Fylkesmannen.

Det som Høyesterett måtte avgjøre var gyldigheten av fylkesmannens omgjøring av en dispensasjon fra en reguleringsplan etter plan- og bygningsloven § 7, gitt av kommunen hvor det heter i første ledd: "*Når særlige grunner foreligger,*¹²⁶ *kan kommunen, dersom ikke annet*

¹²³ Boe (2002) LoR s. 262

¹²⁴ Rt. 2007 s. 257

¹²⁵ Plan- og bygningsloven (opphevet)

¹²⁶ Min utheving

er fastsatt i vedkommende bestemmelse, 3 etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.” Her er det flere skjønnsmessige momenter, nemlig “*særlige grunner*” og ordet “*kan*”. Ordet “*kan*” peker klart i retning av at forvaltningen har et valg om den ønsker å benytte hjemmelen eller ikke, med andre ord forvaltningsskjønn.

Uttrykket “*særlige grunner*” er mer usikkert men kan forsåvidt gå begge veier, og jeg mener innholdet i uttrykket kan variere alt etter hvilket livsområde man befinner seg på, inngrepets betydning og om rettsikkerhetsspørsmålet kommer inn i bildet. Men som et utgangspunkt må man som før anta at jo vagere ordlyden er desto flere variabler kan komme i betraktning av bedømmelsen om det foreligger et subsumsjonsskjønn retten kan ta stilling til, eller et fritt skjønn. Eckhoff/Smith sier i denne sammenheng i boken “Forvaltningsrett” at enkelte momenter går igjen når en lovbestemmelse, som benytter vage eller skjønnsmessige uttrykk, skal tolkes for å avgjøre om vurderingen er overlatt til forvaltningens skjønn. Der hvor vurderingstemaet er vagt og uklart, og jo flere hensyn som kommer i betraktning, desto mer vil det være å anse vurderingen å ligge under forvaltningens frie skjønn. Han nevner bl.a. annet “*tilstrekkelig grunn*” som eksempel på et uttrykk som peker i retning av forvaltningsskjønn. I tillegg nevner også Eckhoff/Smith at når vurderinger av politisk art er fremme så vil domstolen være mere forsiktig enn ellers. Men Eckhoff/Smith sier samtidig at det ikke må legges for stor vekt på hvilke ord loven benytter for å angi vurderingstemaet.¹²⁷

Førstvoterende tar med en gang tak i spørsmålet om domstolen har kompetanse til å prøve om kriteriet “*særlige grunner*” skal anses som et rettsanvendelsesspørsmål eller om det ligger til forvaltningen å avgjøre som del av det frie skjønn.

Høyesterett uttalte følgende om dette: “*Ordlyden i § 7 første ledd gir i seg selv ikke meget veiledning. Det kan være naturlig å anta at når lovgiver har skrevet inn en betingelse for å gi dispensasjon, vil denne betingelsen være en materiell kompetansebegrensning, som kan etterprøves av domstolene, med andre ord et rettsanvendelsesskjønn. På den annen side kan ord og begreper være så vage at de gir dårlig utgangspunkt for en rettslig presisering.*”

¹²⁷ Eckhoff / Smith (2010) s. 403

Uttrykket «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7 kan sies både å være meget generelt og svært skjønnsmessig.»¹²⁸

Førstvoterende tar deretter for seg forarbeidene for å finne hjelp til sin tolkning. Han sier med henvisning til disse: *“Første avsnitt i det siterte peker på at «særlige grunner» må vurderes i forhold til de hensyn som ligger bak planen. Vurderingen vil altså være planrelatert og ofte politisk på samme vis som utarbeidelsen av planene er av faglig og politisk karakter. Kombinert med at uttrykket «særlige grunner» er svært skjønnsmessig, trekker dette nokså bestemt i retning av at det i liten grad dreier seg om rettslige rammer, men har langt større tilknytning til en planfaglig forvaltningsoppgave med islett av politikk.»¹²⁹*

Han legger her fram noen av de skjønnstema som Eckhoff/Smith nevner i sin bok og som peker i retning av fritt skjønn.

Han kommer så til drøftingen med hensyn til de rettsikkerhetsmessige spørsmål en overlating til forvaltningen vil medføre: *“Det kan spørres om rettssikkerhetshensyn taler for at fastleggingen av «særlige grunner» bør anses som rettsanvendelse med den mer intensive domstolsprøvelse som da kan finne sted. Langt på vei vil dette spørsmålet kunne besvares ut fra de momenter som allerede er trukket frem. Når generelle kriterier kombineres med faglige og politiske vurderinger, vil domstolkontrollen reelt sett måtte konsentrere seg om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater - med andre ord om de er relevante og anvendt på en saklig, ikke-diskriminerende måte. Men så langt går også kontrollen med forvaltningens frie skjønn, jf. hva jeg tidligere har sagt om dette. Det utelukker likevel ikke at skjønnets i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettssikkerhetsgrunner kunne tilsi en mer intensiv domstolkontroll. Vår sak gir ikke utgangspunkt for å vurdere dette videre.”*

Høyesterett vurderer med dette betydningen rettsikkerheten skal ha i vurderingen og tar den med i sin vurdering om det skal få avgjørende vekt i spørsmålet om overprøving. Graver framfører i forhold til dette at det som også er interessant å merke seg med hensyn til

¹²⁸ Rt. 2007 s. 257 avs. 40

¹²⁹ Ibid. avs. 42

rettsikkerheten, er at domstolen legger til grunn at betydningen av rettssikkerhetshensynene vil klart kunne ha betydning innenfor andre rettsområder men også innenfor samme bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 7. Dette under forutsetning av at vurderingstemaene er mindre preget av faglige og politisk karakter. Hvordan Høyesterett ser for seg et annet utfall av rettssikkerhetsspørsmålet under § 7 går ikke klart fram men det kan altså synes som om den har for øye at det kan være andre eller mindre politiske vedtak av ikke så stor betydning og lignende. Det er ikke lett å konkludere da § 7 iallfall handler om at kommunen kan dispensere fra plan- og bygningsloven.

Det Aulstad og Lie trekker særskilt fram i artikkelen ”Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak,” fra 2007 som behandler angjeldende dom, er at selv om domstolen ikke finner å kunne falle ned på en prøving med begrunnelse i rettsikkerhetshensyn, så kan domstolen i noen lignende saker prøve subsumsjonen når det foreligger ”særlige grunner” mens de i andre saker ikke kan det.¹³⁰ Aulstad og Lie sier i videre at å konkludere med at en avskjæring fra å kontrollere subsumsjonen etter denne dommen vil være forhastet og sier om Høyesterett sin reservasjon med hensyn til at vurderingstemaet ”særlige grunner” også i framtiden kan være gjenstand for prøving. Forfatterne hevder imidlertid at rettstilstanden etter denne dommen må betegnes som uklar.¹³¹ Aulstad og Lies syn kan tolkes dithen at dommen ikke skiller seg så klart fra naturfredningsdommen og utvisningsdommene som det kan tyde på med hensyn til subsumsjonskontrollen.

Graver framfører at dommen tilsynelatende endrer rettstilstanden og innebærer et linjeskifte i forhold til tidligere. Graver trekker fram uttalelsen til Høyesterett i avsnitt 40 hvor den uttaler med hensyn til tolkningen av loven at ”[d]et kan være naturlig å ant[a]” og peker på at dette er en klart mer avdempet stillingtagen i forhold til tilnærmingen til rettsikkerhetssynspunktet enn domstolen har gjort tidligere. Han hevder dommen ikke nødvendigvis kan tolkes slik. Dette grunner han i at gjennomslaget til de rettssikkerhetsprinsipper som domstolen omtaler kan i realiteten tyde på at overprøvingen må konkretiseres. Med dette mener han at det kan bero på bl. annet hvilket samfunnsområde man befinner seg på, hvor inngripende vedtaket er osv. Som grunn for at Høyesterett falt ned på at subsumsjonen var unntatt domstolskontroll trekker Graver fram at det i saken ikke var snakk om et inngripende tiltak, men derimot å nekte en dispensasjon og i slike tilfeller kan ikke rettsikkerhetssynspunkter veie spesielt tungt

¹³⁰ Aulstad / Lie (2007) JV s. 226

¹³¹ Ibid. s. 233

som moment i vurderingen. Han trekker også fram de, som før nevnte, pragmatiske hensyn som domstolen hensyntar i lys av forvaltningens behov.¹³²

Ut fra det som er sagt om dommen, er det tvilsomt om den endrer rettstilstanden med hensyn til domstolens prøvingsintensitet av rettsanvendelsen. Iallfall er det ingen sikre holdepunkter for å kunne konkludere sikkert og bastant om dette. Til det er det alt for mange variabler i vurderingene til Høyesterett og en noe uklar uttalelse.

3.5 Sammenfatning

Som det framgår av behandlingen av de ovennevnte dommene kan domstolen prøve forvaltningens subsumsjon dersom det ikke påvises andre konkrete holdepunkter for begrensninger i prøvningen. Ut fra de dommene som jeg har behandlet går det også fram og dette gjelder også selv om subsumsjonen kan sies å være skjønnsmessig. Skjønnnet til å velge om kompetanse skal brukes, (diskresjonære skjønnnet) er i utgangspunktet unntatt fra overprøving.

Domstolenes kompetanse til å kontrollere forvaltningens subsumsjon ble etter 1995 tydelig beskrevet ved dommer Backers uttalelse i naturfredningsdommen. Uttrykket ”spesiell naturtype” var sentralt i dommen. Domstolen fant, i motsetning til påstanden fra staten, at den var kompetent til å overprøve forvaltningens anvendelse av uttrykket på et konkret saksforhold. At uttrykket var vagt og uklart var ikke til hinder for domstolens prøvingsadgang. Her spilte det også inn at vedtaket var inngripende i den private rettssfære.

At vage ord og uttrykk i loven er en forutsetning for at forvaltningen skal kunne sies å ha vurderingsfrihet er opplagt, men det er dermed sagt intet avgjørende moment for at domstolen skal avstå fra overprøving. Dette ble klart i Rt. 1934 s. 330 (Solemskogen) i forbindelse med uttrykkene ”villamessig bebygget” og er senere fulgt opp, som nevnt i Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredningsdommen).

Rt. 1932 s. 655 gjaldt fredningen av et vann. I denne saken fant Høyesterett at den ikke kunne overprøve forvaltningens avgjørelse ut fra at ordlyden var uklar og vag og dette tilsa at

¹³² Graver (2007) LoR s. 373

avgjørelsen var overlatt til forvaltningen. Dette er en indikasjon på at domstolene på denne tiden var noe mer forsiktig med å overprøve forvaltningsavgjørelser.

Det kan vanskelig sies noe sikkert om hvordan Høyesterett hadde vurdert hvor omfattende prøving av subsumsjonen i denne saken i dag. Hvem som bør ha det siste ord i spørsmålet om fiskeslagene ørret og harr er å anse som sjeldne og verneverdige at det ville vært ”nødvendig” å verne disse og hvem dette skal overlates til, er det domstolen selv som avgjør ut fra en forsvarlig tolkning av hjemmelsgrunnlaget. Ørret og harr kan vel i dag ikke sies å være sjeldne fiskearter, og heller ikke den gangen.

Ut fra en vurdering av at domstolen i dag behandler flere skjønnsmessige uttrykk ellers i lovgivningen, så ville det ikke være oppsiktsvekkende om domstolen selv kom til at den var kompetent til å vurdere om ørret og harr er ”av ”videnskapelig eller historisk betydning” og dermed falt ned på en prøving av subsumsjonen. Særlig etter naturfredningsdommen I 1995 har Høyesterett vært klar på at den kan prøve også vurderingsnormer også hvor ord og uttrykk er vage og uklare.

Dette kom tydelig fram i dommen Rt. 1995 s. 1427 der domstolen falt ned på at den kunne prøve subsumsjonen selv om ordlyden ”spesiell naturtype” klart peker i retning av et fritt skjønn men som domstolen altså fant at det var grunnlag for å prøve.

Ellers uttalte førstvoterende i Rt. 2005 s. 117; ”*Aktsomhetsvurderinger må domstolene foreta på en rekke livsområder, og vurderingen etter tolloven § 37 står ikke i noen særstilling.*” Det skjønnsmessige uttrykket ”spesiell naturtype” i denne saken kan ikke sies å være et noe særlig klarere rettslig uttrykk enn uttrykket ”videnskapelig eller historisk betydning” som i Rt. 1932 s. 655, kanskje snarere tvert om.

Det som taler imot at Høyesterett i dag ville ha prøvd forvaltningens subsumsjon i denne saken er at uttrykket ”nødvendig” er en vurderingsnorm det kan være vanskelig for domstolen å prøve og dermed sette seg ut over forvaltningens fagskjønn. Imidlertid mener Graver at selv om loven viser til uttrykk som ”urimelig, ”uskikket” og ”nødvendig” så kan man heller ikke da uten videre gå ut fra at forvaltningen kan foreta den endelige vurderingen.¹³³

¹³³ Graver (2015) s. 249

Sammenfattet så ville det neppe være en helt urealistisk tanke at domstolen i dag ville ha ment at den var kompetent til å vurdere spørsmålet om fiskeslagene ørret og harr var verneverdige og av en slik historisk betydning at det var nødvendig å fatte et vernevedtak.

Selv om loven benytter til dels svært skjønsmessige ord og uttrykk, så som uttrykket "uforholdsmessig" kan man ikke ubetinget konkludere med at vurderingen er overlatt til forvaltningen alene. Rt. 1995 s. 72 (utvisningsdom nr. 1) knyttet seg nettopp til dette uttrykket og Høyesterett uttalte at det ikke var noe avgjørende moment at ordlyden var så vidt skjønsmessig.

På denne bakgrunn mener jeg at rettsutviklingen viser at domstolen har full kontrollmulighet med forvaltningens lovanvendelse, både den rettslige og den faktiske, dvs. tolkning av loven og bedømmelsen av fakta i saken og bruk av rettsregelen på faktum. Det er med bakgrunn i dommene grunn til å mene at domstolene i langt flere situasjoner ser seg kompetent til å overprøve forvaltningsvedtak i dag, enn det som var tilfellet for noen tiår siden. Istedenfor å spørre om domstolen har kompetanse til å overprøve forvaltningsavgjørelser og eventuelt være tilbakeholden, ser det ut til at det isteden er grunn til å spørre i hvor stor grad de kan nytte sin kompetanse og eventuelt hvor intensivt den anser kontrollen bør være.

Litteraturliste

Juridisk teori

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utg., 2011

Boe, Erik, *Innføring i juss, bd 2, Statsrett og forvaltningsrett*, 1. utg., 1993

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 9. utg., 2010

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., 2015

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 1. utg., 2009

Aulstad, Johan Greger, og Lie, Markus Hoel, "Rt-2007-257 - Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak." *Jussens Venner* (2007), s. 221- 234 (Sitert fra Lovdata)

Boe, Erik, "Subsumsjonsdom - Domstolenes kompetanse til å bestemme utfallet av en rettstvist når forvaltningen har truffet et ugyldig forvaltningsvedtak." *Lov og Rett* (2002), s. 259-294 (Sitert fra Lovdata)

Boe, Erik, "Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?" *Jussens Venner* (2007), s. 67-88 (Sitert fra Lovdata)

Eckhoff, Torstein, "Domstolskontroll med forvaltningen i Norge." *Jussens Venner* (1964), s. 1-26 (Sitert fra Lovdata)

Graver, Hans Petter, "Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet." *Lov og Rett* (2007), s. 365-374 (Sitert fra Lovdata)

Halvorsen, Marit, "Bidrag til utviklingen av læren om prøving av skjønnsmessige forvaltningsvedtak." *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2011), årg. 124 (2011), s. 56-86 (sitert fra Idunn.no)

Innjord, Frode, "Hva er «vakkert»? - Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk." *Jussens Venner* (1996), s. 161-194 (Sitert fra Lovdata)

Nisja, Ola og Reusch, Christian H. P. (2009). "Domstolsprøving av forvaltningsvedtak - nye avklaringer." *Jussens Venner* (2009), s. 254-263 (Sitert fra Lovdata)

Smith, Carsten, "Domstolsadministrasjonen – bakgrunn og prinsipper for reformen" *Jussens Venner* (2003), s. 1-7 (Sitert fra Idunn.no)

Vangsnes, Jørgen, "Om den såkalte tilbakeholdenheten i domstolsprøvingen." *Jussens Venner* (2014), s. 131-205 (Sitert fra Idunn.no)

Lover og forarbeider

1814 Lov av 17. mai 1914 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

1904 Lov av 17. mai 1904 nr. 8 om salg og skjænkning af brendevin, øl, vin, frugtvin og Mjød (rusdrikkloven)

1910 Lov av 25. juli 1910 nr. 3 om naturfredning

1915 Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

1924 Lov av 22. februar 1924 om bygningsvesenet (bygningsloven)

1961 Lov av 3. mars 1961 nr. 4 om varemerker (varemerkeloven)

- 1965 Lov av 18. juni 1965 nr. 7 Plan- og bygningslov (bygningsloven)
- 1966 Lov av 10. juni 1966 nr. 5 om toll (tolloven)
- 1967 Lov av 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven)
- 1970 Lov av 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern (naturvernloven)
- 1978 Lov av 9. juni 1978 nr. 49 om reindrift (reindriftsloven)
- 1988 Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- 1992 Lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)
- 2005 Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Forvaltningskomiteens instilling - Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen), Oslo, 1958.

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

NOU 2001:32 A (2001) Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Rettspraksis

Rt. 1932 s. 655

Rt. 1934 s. 330

Rt. 1936 s. 211

Rt. 1937 s. 308

Rt. 1969 s. 568

Rt. 1975 s. 603

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1995 s. 1908

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2004 s. 1092

Rt. 2005 s. 117

Rt. 2005 s. 229

Rt. 2005 s. 238

Rt. 2007 s. 257

Rt. 2009 s. 546

Rt. 2012 s. 1985

LG-2013-184173 (Gulating)

Andre kilder

Granviken, Simen, (2014), Adresseavisen (sitert fra adressa.no)

Manshus, Halvor, "Patent: Høyesterett omtaler Swingball "doktrinen", *Jusnytt*, 21.november 2008. (Sitert fra Jusnytt.no)